

ALÉM DA LEI:
as falas e os silêncios do Judiciário no sistema penal

Alessandro Nepomoceno Pinto

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM DIREITO**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Vera Regina Pereira de Andrade

Co-Orientadora: Prof.^a M.Sc. Márcia Aguiar Arend

FLORIANÓPOLIS

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

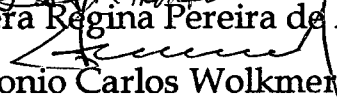
A dissertação **ALÉM DA LEI: falas e silêncios do Judiciário no sistema penal**
Elaborada por **ALESSANDRO NEPOMOCENO PINTO**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 17 de setembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:


Prof^ª. Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade - Presidente


Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - Membro

Prof^ª Dr^a. Ela Wiecko Volkmer de Castilho - Membro

Prof^ª. Dr^a. Odete Maria de Oliveira - Membro Substituto

Orientadora:

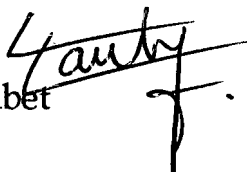
Prof^ª. Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade

Co-Orientadora:

Prof^ª. MSc. Márcia Aguiar Arend

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Christian Guy Caubet



AGRADECIMENTOS

À professora Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade que conhecida por alguns como Veríssima, faz jus a etimologia de seu nome, que quer dizer verdade. Suas aulas e orientações não só fizeram brotar a pesquisa, mas nascer um professor apaixonado pela conquista de corações e mentes.

Ao professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer e professora Dr^a. Ela Wiecho Volkmer de Castilho, por honrarem com as suas presenças e leitura minuciosa, esta própria de competentes e sérios pesquisadores do Direito, a defesa desta pesquisa.

À Sandra pela (im) paciência de ver esta pesquisa em seu término; presença constante quando namorada, noiva e, agora, esposa.

Aos meus pais, Dirceu e Zelinda, que acreditaram em meus sonhos plantados em outrora, regados por meio de acalantos.

Aos meus colegas de mestrado, hoje professores refinados: Gerson dos Santos Sicca, Cláudio Ladeira, Marcelo Dias Varella, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Ricardo Stanziola.

Ao Marcelo Alves, poeta, filósofo e brilhante professor, constante interlocutor que acompanhou a gestação desta pesquisa, sendo o responsável direto pelo título que hoje ela ostenta.

Ao colega de mestrado, de cátedra e de labutas forenses, Ricardo Valente Souto de Castro - um constante apoio no início de minha carreira docente.

Ao professor MSc. Alceu de Oliveira Pinto Jr., que foi meu coordenador no curso de Direito da UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí), Campus IV de Biguaçu, Santa Catarina, pelo inamovível apoio no meu caminhar em sala de aula.

Aos meus alunos da UNIVALI, Campus IV, em Biguaçu, e aos da UNICEN (União das Faculdades do Médio Norte) em Tangará da Serra, Mato Grosso; esperança de maior consciência sobre o Direito e a Justiça.

À UNICEN, de Tangará da Serra, na pessoa do professor Dr. Bismarck Duarte Diniz, outro interlocutor perspicaz.

Às minhas avós Eva e Clara, cuja força das circunstâncias não propiciou o acesso ao conhecimento dos livros, porém, na *universidade da vida*, há muito obtiveram o doutorado.

À CAPES, pela concessão da bolsa de estudos para a realização do mestrado.

Aos coordenadores e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina), espaço que convivo desde a minha graduação e pelo qual tenho imensa orgulho.

A todos aqueles que, de uma maneira direta ou indireta, contribuíram para a realização desta pesquisa.

RESUMO

A dissertação intitulada "Além da Lei: as falas e silêncios do Judiciário no sistema penal" tem por objetivo demonstrar a existência e a aplicação de um segundo código que orienta a decisão na sentença penal. Isso quer dizer que ela é decidida previamente por um código ideológico (*second code*) invisível, que consiste no senso comum sobre a criminalidade (*every days theorie*) e nos estereótipos sobre o criminoso. A fundamentação desta prévia decisão será legitimada posteriormente através do uso do código tecnológico que é visível, consistindo na aplicação da lei ao caso concreto através das prescrições fornecidas pela dogmática jurídica penal (teoria do delito) e da dogmática jurídica processual penal (teoria da prova). Para tanto, buscou-se na primeira parte demonstrar a teoria sobre o sistema penal. A segunda foi dedicada a *práxis* do sistema penal no intuito de verificar a utilização do código ideológico. Para isto foi realizada a ilustração da teoria afirmada na primeira parte através da análise de **oitenta e dois acórdãos**, os quais versaram sobre quatro bens jurídicos: vida; liberdade sexual; patrimônio; administração pública. De cada bem jurídico selecionado foi buscado justamente um assunto que possui vácuo definicional, ou seja, um tema controvertido, provocador de contendas doutrinárias e jurisprudenciais. Neste momento de ambigüidades e vagezas dos termos legais o julgador ganha asas em sua discricionariedade. Através da ilustração com acórdãos restou clara a motivação ideológica que acompanha o julgador no ato de sentenciar, sendo que sua discricionariedade não tem limites, pois o mesmo pode absolver ou condenar por razões que vão além da lei.

ABSTRACT

The Master thesis whose title is *Beyond the Law: the arbitrary power of the Judiciary branch in the penal system* attempts to verify both the existence and the use of a second code that guides the criminal decision. That means the latter will be previously decided by an invisible ideological code (second code), which is the result of the common knowledge on criminality (every day theory) and of stereotype on criminals. The basis of that previous will then be legitimized through the use of the visible technological code, which subsumes the law to the concrete case in a set of commands given by criminal dogmatic (transgression theory) and criminal procedure dogmatic (proof theory). In order or evidence this statement, in the first part, verifying the theory about the criminal system is pursued. In the second part, the *praxis* of the criminal system is discussed so to highlight the use of the aforementioned ideological code. That which is stated in the first part is clarified by **eighty-two decisions** from higher court that analyses four protected rights: life, sexual freedom, wealth and civil service. Every issue that has a "definition vacuum", in other terms, that controversial theme able to trigger scientific and jurisprudential debates, has been selected to compose this work. In that framework, the ambiguities and uncertainties of the legal terms five wings to interpreter. Those decisions evidence the ideological background in the act of judging. The interpreter observes no limits for his is the power to release or condemn beyond the law.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Espécie de Recurso	126
Tabela 2 - Parte Recorrente	128
Tabela 3 - Distribuição por Câmara	134
Tabela 4 - Processos Julgados	135
Tabela 5 - Tempo Total do Processamento	136
Tabela 6 - Dolo Eventual ou Culpa Consciente	137
Tabela 7 - Elemento Subjetivo na Primeira Câmara Criminal	138
Tabela 8 - Elemento Subjetivo na Segunda Câmara Criminal	139
Tabela 9 - Motivação	140
Tabela 10 - Parte Recorrente	152
Tabela 11 - Distribuição por Câmara	154
Tabela 12 - Momento do Delito	155
Tabela 13 - Ano da Decisão no Tribunal	155
Tabela 14 - Tempo Total do Processamento	156
Tabela 15 - Relacionamento do Réu com a Vítima	157
Tabela 16 - Absolvição e Condenação pelo TJSC	159
Tabela 17 - Decisão na Primeira Câmara Criminal	159
Tabela 18 - Decisão na Segunda Câmara Criminal	159
Tabela 19 - Decisão do Processo quando o Réu é Amigo/Conhecido	160
Tabela 20 - Decisão do Processo quando o Réu é Namorado da Vítima	161
Tabela 21 - Decisão do Processo quando o Réu é Parente da Vítima	161
Tabela 22 - Idade da Vítima no Momento do Delito	162
Tabela 23 - Experiência Sexual da Vítima	163
Tabela 24 - Virgens entre 13 e menos de 14 anos	164
Tabela 25 - Não mais Virgens entre 13 e menos de 14 anos	167
Tabela 26 - Virgens entre 12 e menos de 13 anos	168
Tabela 27 - Virgens entre 11 e menos de 12 anos	170
Tabela 28 - Parte Recorrente	184

Tabela 29 - Distribuição por Câmara	187
Tabela 30 - Momento do Delito	188
Tabela 31 - Ano da Decisão do Tribunal	188
Tabela 32 - Tempo Total do Processamento	189
Tabela 33 - Absolvição e Condenação pelo TJSC	190
Tabela 34 - Decisão na Primeira Câmara Criminal	191
Tabela 35 - Decisão na Segunda Câmara Criminal	191
Tabela 36 - Sobre a Existência de Antecedentes e/ou Reincidência Criminal	193
Tabela 37 - Decisão do TJSC com a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência ..	197
Tabela 38 - Decisão do TJSC sem a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência ..	200
Tabela 39 - Situação dos Casos em Geral com a Variável Emprego	201
Tabela 40 - Situação Empregatícia dos Casos que Apareceu a Variável	202
Tabela 41 - Espécie de Recurso	213
Tabela 42 - Parte Recorrente	214
Tabela 43 - Momento do Delito	216
Tabela 44 - Ano da Decisão no Tribunal Regional Federal	217
Tabela 45 - Tempo Total do Processamento	218
Tabela 46 - Absolvição e Condenação dos Tribunais Regionais Federais	219
Tabela 47 - Decisão do TRF da 1ª Região	220
Tabela 48 - Decisão do TRF da 3ª Região	225
Tabela 49 - Decisão do TRF da 4ª Região	227

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Registros de Homicídio em Geral com os de Homicídios Culposos em Decorrência de Acidente de Trânsito	119
Figura 2 - Homicídios Culposos em Trânsito e Aqueles que Envolveram a Discussão do Dolo Eventual	119
Figura 3 - Espécie de Recurso	126
Figura 4 - Parte Recorrente nos Tribunais quanto a Homicídio em Trânsito	128
Figura 5 - Distribuição por Câmara	134
Figura 6 - Processos Julgados no Período	135
Figura 7 - Tempo Total de Processamento	136
Figura 8 - Presença do Dolo Eventual ou da Culpa Consciente	137
Figura 9 - Presença do Elemento Subjetivo na 1ª Câmara	139
Figura 10 - Presença do Elemento Subjetivo na 2ª Câmara	139
Figura 11 - As Motivações da Sentença pelo Dolo Eventual	140
Figura 12 - Registros de Estupros em Geral e Aqueles com Presunção de Violência	145
Figura 13 - Registros de Estupros com Presunção de Violência e os Analisados pela Pesquisa	145
Figura 14 - Parte Recorrente	152
Figura 15 - Distribuição por Câmara	154
Figura 16 - Período em que Ocorreu o Delito	155
Figura 17 - Período em que foi Decidido o Processo em Segunda Instância	155
Figura 18 - Tempo Total do Processamento	156
Figura 19 - Espécie de Relacionamento entre Réu e Vítima	157
Figura 20 - Absolvição e Condenação nos Casos de Estupro quando Menor de 14 anos no TJSC	159
Figura 21 - Absolvição e Condenação na 1ª Câmara Criminal	159
Figura 22 - Absolvição e Condenação na 2ª Câmara Criminal	160
Figura 23 - Decisão do Processo quando o Réu é Amigo/Conhecido	160
Figura 24 - Decisão do Processo quando o Réu é Namorado da Vítima	161

Figura 25 - Decisão do Processo quando o Réu é Parente	161
Figura 26 - Idade da Vítima no Momento do Delito	162
Figura 27 - Experiência Sexual da Vítima	163
Figura 28 - Decisão quando a Menor era Virgem e tinha Idade entre 13 e 14 anos	164
Figura 29 - Decisão quando a Menor não era Virgem e tinha Idade entre 13 e 14 anos	167
Figura 30 - Decisão quando a Menor era Virgem e tinha Idade entre 12 e 13 anos	168
Figura 31 - Decisão quando a Menor era Virgem e tinha Idade entre 11 e 12 anos	170
Figura 32 - Proporção entre os Furtos em Geral e o Furto Famélico	177
Figura 33 - Parte Recorrente	184
Figura 34 - Distribuição por Câmara	187
Figura 35- Período no qual Aconteceu o Delito	188
Figura 36 - Período do Julgamento	188
Figura 37 - Tempo Total do Processamento	190
Figura 38 - Decisão dos Processos Envolvendo Furto Famélico	191
Figura 39 - Decisão da 1ª Câmara Criminal sobre Furto Famélico	191
Figura 40 - Decisão da 2ª Câmara Criminal sobre Furto Famélico	191
Figura 41 - Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência	193
Figura 42 - Decisão com a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência no Furto Famélico	197
Figura 43 - Decisão sem a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência	200
Figura 44 - Casos em Geral e a Variável Emprego	202
Figura 45 - Situação Empregatícia	202
Figura 46 - Proporção dos Casos Analisados nos TRFs	208
Figura 47 - Espécie de Recurso	213
Figura 48 - Parte Recorrente em Cada Tribunal	215
Figura 49 - Período que Ocorreu o Delito	216
Figura 50 - Período do Julgamento	217
Figura 51 - Tempo Total do Processamento	218
Figura 52 - Decisão dos TRFs em Geral	220
Figura 53 - Decisão do TRF da 1ª Região	220
Figura 54 - Decisão do TRF da 3ª Região	225
Figura 55 - Decisão do TRF da 4ª Região	228

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	III
RESUMO	V
LISTA DE TABELAS	VII
LISTA DE FIGURAS	IX
 INTRODUÇÃO	 01
1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	03
2 HIPÓTESE, OBJETIVOS E MARCO TEÓRICO	07
3 ESTRUTURA DA PESQUISA	09
 PARTE 1 TEORIA E TÉCNICA DO SISTEMA PENAL	
Capítulo 1 TEORIA DO SISTEMA PENAL	17
1.1 O SISTEMA PENAL	17
1.1.1 Conceito de Sistema Penal	19
1.1.2 Composição	22
1.1.3 Ideologias Legitimadoras	23
1.1.4 Funções Declaradas	27
1.1.5 Funções Não Declaradas	29
1.2 AS CRIMINALIZAÇÕES	38
1.2.1 Criminalização Primária: a Seletividade Quantitativa	38
1.2.2 Criminalização Secundária: a Seletividade Qualitativa	42
1.2.2.1 Código Tecnológico	46
1.2.2.2 Código Ideológico: <i>Second Code</i>	47
1.3 A DOGMÁTICA JURÍDICA	50
1.3.1 As Funções da Dogmática Jurídica	56
1.3.1.1 Funções Declaradas	56
1.3.1.2 Funções Não Declaradas	57
1.3.2 A Dogmática Penal	58

Capítulo 2 TÉCNICA DO SISTEMA PENAL	62
2.1 INTERPRETAÇÃO, INTÉRPRETE E DOGMÁTICA JURÍDICA	62
2.1.1 Redefinições Diretas	68
2.1.2 Redefinições Indiretas	70
2.2 A DOGMÁTICA PENAL	72
2.2.1 Teoria do Delito	74
2.2.1.1 A Tipicidade	77
2.2.1.1.1 Conduta	78
2.2.1.1.2 Resultado	79
2.2.1.1.3 Nexo de Causalidade	80
2.2.1.2 A Antijuridicidade	80
2.2.2.2.1 Legítima Defesa	81
2.2.1.2.2 Estado de Necessidade	81
2.2.1.2.3 Estrito Cumprimento de Dever Legal	82
2.2.1.2.4 Exercício Regular de Direito	82
2.2.1.3 A Culpabilidade	83
2.2.1.3.1 Imputabilidade	84
2.2.1.3.2 Possibilidade de Conhecimento da Ilcitude do Fato	85
2.2.1.3.3 Exigibilidade da Conduta Conforme o Direito	86
2.3 A DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL	86
2.3.1 Formas de Provas	88
2.3.2 O Livre Convencimento do Juiz	92
2.3.3 <i>In dubio Pro Reo</i>	95
2.4 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL	97
2.4.1 Princípios Penais Formalizados	99
2.4.1.1 Princípio da Legalidade	100
2.4.1.2 Princípio da Culpabilidade	102
2.4.1.3 Princípio da Humanidade da Pena	103
2.4.1.4 Princípio da Igualdade	104
2.4.2 Princípios Penais Fundamentais Não Formalizados	105
2.4.2.1 Princípio da Lesividade	105

2.4.2.2 Princípio da Insignificância	106
2.4.2.3 Princípio da Adequação Social	107

PARTE 2 PRÁTICA DO SISTEMA PENAL

Capítulo 3 OS CRIMES CONTRA VALORES NÃO CAPITALIZÁVEIS	111
3.1 JUSTIFICANDO OS ACÓRDÃOS COMO FORMA DE ILUSTRAR A HIPÓTESE	111
3.2 EXPLICITAÇÃO DO RECORTE FEITO NO OBJETO PESQUISADO	113
3.2.1 Quanto à Limitação Espacial e Temporal	114
3.2.2 Quanto à Limitação do Objeto	114
3.2.3 Quanto ao Processamento das Informações	115
3.3 HOMICÍDIOS EM ACIDENTES DE TRÂNSITO	118
3.3.1 Quanto à Limitação do Objeto	118
3.3.2 Aspectos Doutrinários	120
3.3.2.1 Dolo Eventual e Culpa Consciente	121
3.3.2.2 Homicídio em Trânsito: dolo ou culpa?	123
3.3.3 Ilustração com os Julgados do TJSC	125
3.3.3.1 Espécie de Recurso	126
3.3.3.2 Parte Recorrente	128
3.3.3.3 Distribuição por Câmara	134
3.3.3.4 Processos Julgados	135
3.3.3.5 Tempo Total do Processamento	136
3.3.3.6 Dolo Eventual ou Culpa Consciente?	137
3.3.3.7 Decisão da Primeira e Segunda Câmara Criminal	138
3.3.3.8 Motivação Principal para o Dolo Eventual	140
3.3.3.9 Os Silêncios e as Falas do Tribunal	143
3.4 O ESTUPRO PRESUMIDO DE MENOR DE 14 ANOS	144
3.4.1 Delimitação do Objeto	145
3.4.2 Aspectos Doutrinários	146
3.4.2.1 A Presunção de Violência Contra a Menor de 14 anos	148

3.4.2.2 A Presunção Absoluta e sua Inconstitucionalidade	149
3.4.2.3 Presunção Relativa de Violência	150
3.4.3 Ilustração com os Julgados do TJSC	151
3.4.3.1 Espécie de Recurso	152
3.4.3.2 Parte Recorrente	152
3.4.3.3 Distribuição por Câmara	154
3.4.3.4 Momento do Delito e da Decisão	155
3.4.3.5 Tempo Total do Processamento	156
3.4.3.6 Relacionamento do Réu com a Vítima	157
3.4.3.7 Absolvição e Condenação em Geral	159
3.4.3.8 Decisão Devido o Grau de Relacionamento	160
3.4.3.9 Idade das Vítimas no Momento do Delito	162
3.4.3.10 Experiência Sexual da Vítima	162
3.4.3.11 Decisão Conforme a Experiência Sexual e a Respectiva Idade	163
3.4.3.12 Os Silêncios e as Falas do Tribunal	171
 Capítulo 4 OS CRIMES CONTRA VALORES CAPITALIZÁVEIS	175
4.1 FURTO FAMILÍCO	177
4.1.1 Delimitação do Objeto	177
4.1.2 Aspectos Doutrinários	177
4.1.2.1 O Estado de Necessidade como Exclusão de Ilícitude no Furto	181
4.1.3 Ilustração com os Julgados do TJSC	184
4.1.3.1 Espécie de Recurso	184
4.1.3.2 Parte Recorrente	184
4.1.3.3 Distribuição por Câmara	187
4.1.3.4 Momento do Delito e da Decisão	188
4.1.3.5 Tempo Total do Processamento	189
4.1.3.6 Absolvição e Condenação em Geral	190
4.1.3.7 Decisão do Processo de Acordo com os Antecedentes e/ou Reincidência	193
4.1.3.8 Situação Empregatícia do Réu	201

4.1.3.9 As Falas e os Silêncios do Tribunal	205
4.2 DESCAMINHO	206
4.2.1 Delimitação do Objeto	206
4.2.2 Aspectos Doutrinários	209
4.2.2.1 O Princípio da Insignificância	211
4.2.3 Ilustração com os Julgados dos Tribunais Regionais Federais	212
4.2.3.1 Espécie de Recurso	213
4.2.3.2 Parte Recorrente	214
4.2.3.3 Momento do Delito e da Decisão	216
4.2.3.4 Tempo Total do Processamento	218
4.2.3.5 Absolvção e Condenação em Geral	219
4.2.3.6 As Falas e os Silêncios do Tribunal	230
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 232
 BIBLIOGRAFIA	 242
1 LIVROS, TESES, DISSERTAÇÕES, MONOGRAFIAS E ARTIGOS	243
2 LEGISLAÇÃO E CENSOS PENITENCIÁRIOS	258
3 ACÓRDÃOS	259
3.1 APELAÇÕES CRIMINAIS	259
3.2 RECURSOS CRIMINAIS	270
 APÊNDICE	 273
MODELO 1 - CONTROLE DA DINAMICA DOS PROCESSOS NOS TRBUNAIIS	274
MODELO 2 - CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIIS	275
MODELO 3 - CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIIS	276

INTRODUÇÃO

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

2 HIPÓTESE, OBJETIVOS E MARCO TEÓRICO

3 ESTRUTURA DA PESQUISA

"Ab Ovo Usque Ad Mala"

Horácio

(Frase encontrada em sua obra *Sátiras*. Traduzindo literalmente significa "do ovo até a maçã". Deve-se ao fato de que os romanos começavam as refeições com ovos e terminavam com frutos, especialmente a maçã. Aqui o aforismo latino foi colocado no intuito de convidar o leitor a percorrer esta pesquisa do seu início até a sua finalização)

INTRODUÇÃO

Como foi bom o tempo em que o Papai Noel,¹ este simpático e rechonchudo ancião de bochechas vermelhas, cor que, aliás, combina com suas roupas apropriadas ao Pólo Norte, mas um tanto inadequada para o período de Natal em paragens tupiniquins, vinha no final do ano cumprindo as suas promessas de trazer o presente àqueles que tivessem se comportado direito durante o ano transcorrido. Somente o bom teria direito ao presente! Claro que ninguém o via, pois diziam que entrava pela chaminé da lareira, à noite. Claro que aqui o velhinho teria dificuldades para passar por elas, pois não as precisamos devido ao calor tropical. Só que, com o passar do tempo,, a desconfiança foi aumentando quanto à existência deste ser, bem como também sobre suas promessas benfazejas. Até que um dia contaram a verdade: o bom velhinho não existia e, além disto, não distribuía igualmente os presentes. Que decepção! Mas foi aí que aconteceu a demarcação entre o mundo adulto e o da criança. Entre o ideal e o real. Só que alguns, devido à "Síndrome de Peter Pan", mesmo sendo alertados sobre a não existência do bom velho, costumam acreditar e bradam que isto não pode ser verdade.

Ora, descobrir a verdade implica em crescer e abandonar o mundo da fantasia. Crescer dói e obriga-nos a mudar a forma de ver as coisas que nos cercam. Descobre-se que os brinquedos coloridos não o são, pois começam a desbotar e mostrar a sua cor acinzentada. Esta pesquisa objetiva proporcionar a necessária percepção do que não é dito nos manuais

¹ Esta metáfora a professora Vera Andrade também utilizou na disciplina de Pesquisa em Criminologia ministrada no curso de mestrado da UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina).

jurídicos e nas práticas dos operadores do Direito, mas que, todavia, é o que acontece no momento de dizer se existe o crime e quem é o criminoso. Só que isto leva a compreender quer certas noções sobre o fenômeno criminal, ensinadas para todos desde a mais tenra idade não é verossímil diante do novo olhar lançado sobre o mundo do crime. Assumir esta abertura na compreensão, com certeza, equivale a ficar sem o tapete que forra os pés. Sem o capacho os pés estarão tocando na terra que é real, apesar de não ser, talvez, tão colorida e fofa quanto a alcatifa.

Esta pesquisa é fruto desta desilusão. O Papai Noel é o sistema penal. Este prometeu combater a criminalidade, "minimizando a violência" e "maximizando a segurança".² Só que a realidade mostra-se diferente, pois o combate à violência gera muito mais tristezas que alegrias. Só que a repressão é localizada em alguns pontos do setor social, justamente àqueles que não tem o "direito" de receber os "presentes" do bom velhinho. Enquanto outros setores da sociedade são beneficiados, ou então, pelo menos tratados com dignidade pelo sistema, percebe-se nitidamente a reprodução da desigualdade social.

Deixando a comparação feita, urge explicar como aconteceu este novo olhar sobre o fenômeno criminal, que tem por fim evidenciar a real operacionalidade do sistema penal no combate à criminalidade, mostrando que a sua aparente ineficácia no que promete esconde a eficácia naquilo que não foi prometido.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

A pesquisa proposta é de cunho criminológico, sendo os seus pressupostos orientados pelo marco teórico do **paradigma da reação social**, visto que a maioria dos

² Esta é a tese de Vera Andrade esboçada em sua obra *A Ilusão de Segurança Jurídica*

juristas em nosso País e alhures, bem como os estudos jurídicos realizados no âmbito penal pautam-se pelo paradigma etiológico.³

É importante este marco teórico, pois com a introdução do *labelling approach* devido, sobretudo, à influência das correntes de origem fenomenológica (interacionismo simbólico e etnometodologia) na Sociologia do desvio e do controle

³ Urge afirmar que sob a orientação da professora Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade brotou um veio fértil de investigações no âmbito dogmático penal e, também, da Criminologia Crítica, visando demonstrar a real operacionalidade do sistema penal; além da incongruência das promessas funcionais da dogmática jurídica e, por extensão, do próprio sistema penal. Inclui-se a sua tese de doutoramento intitulada *"Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança prometida"*, defendida na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em 1994, deu origem a duas obras publicadas pela Editora Livraria do Advogado, sendo a primeira intitulada *"Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade"*, publicada em 1996, e a outra, publicada em 1997, intitulada *"A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal"*. A aludida professora influenciou sobejamente, na década de 90, nesta instituição de ensino superior (UFSC), o surgimento de várias monografias para a obtenção do grau de bacharel em Direito e, principalmente, em nível de pós-graduação, dissertações e teses. Citam-se, como exemplo, algumas das pesquisas realizadas, a saber: a dissertação de mestrado de Angela de Quadros intitulada *"A (in)Definição da Reabilitação Social do Condenado na Reforma Penal Brasileira de 1984: o olhar da magistratura sulista"*, defendida em 1995; a dissertação de mestrado de Samyra Haydêe Napolini intitulada *"O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva"*, defendida em 1995; a tese de doutorado de Ela Wiecko Wolkmer de Castilho intitulada *"O Controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Lei nº 7.492, de 16.06.86"*, defendida em 1996, a qual foi publicada pela Editora Del Rey em 1998; a dissertação de Andréa Irani Pacheco intitulada *"Da Repressão à Mediação Penal: um estudo das funções não declaradas da Polícia Civil catarinense"*, defendida em 1996; a dissertação de Salo de Carvalho intitulada *"A Política Criminal de Drogas no Brasil"*, defendida em 1996, sendo publicada pela Editora Luam em 1997; a dissertação de mestrado de Jackson Chaves de Azevedo intitulada *"Reforma e 'Contra'-Reforma Penal (1984-1996: uma ilusão...que sobrevive)"*, defendida em 1997, sendo que foi publicada pela Editora da OAB/SC em 1999; a dissertação de Francisco Bissoli Filho intitulada *"Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal"*, defendida em 1997, sendo publicada pela Editora Obra Jurídica em 1998; a dissertação de mestrado de Cristina Maria Zackseski intitulada *"Políticas Integradas de Segurança Urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua"*, defendida em 1997; a dissertação de mestrado de Evandro Charles Piza Duarte intitulada *"Criminologia e Racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil"*, defendida em 1998; a dissertação de mestrado de Leda Maria Hermann intitulada *"Os Juizados Especiais Criminais e a Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu"*, defendida em 1998, sendo esta publicada pela Editora CEL-LEX em 2000; a dissertação de mestrado de Márcia Aguiar Arend intitulada *"Capitulação Penal: o poder (in)visível do Ministério Público"*, defendida em 1998; a dissertação de mestrado de Vera Lúcia Ferreira Copetti intitulada *"A Função Seletiva do Ministério Público no Sistema da Justiça Penal"*, defendida em 1998; a dissertação de mestrado de Sérgio Luiz Fernandes Pires intitulada *"Os Crimes Contra o Patrimônio e a Luta de Classes no Brasil - 1930 a 1994"*, defendida em 1998; a dissertação de mestrado de Quitéria Tamanini Vieira Péres intitulada *"A Função Simbólica do Direito Penal como Matriz Oculta da Atual Política Criminal Brasileira Contemporânea"*, defendida em 2000; a dissertação de mestrado de Eduardo Pianalto de Azevedo intitulada *"O Juizado Especial Criminal de Chapecó: as promessas de construção e a realidade construída"*, defendida em 2000; a dissertação de mestrado de Valmor Vigne intitulada *"Prisão e Ressocialização: a (in)existência da ressocialização na penitenciária agrícola de Chapecó"*, defendida em 2000; a dissertação de mestrado de Jorge da Silva Giulian intitulada *"A Unificação da Polícia Civil: limites e possibilidades"*, defendida em 2000; a dissertação de mestrado de Ester Eliana Hauser intitulada *"Modelos Penais Minimalistas: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos"*, defendida em 2000. Pode-se dizer que existe no sul do país uma verdadeira escola de pesquisa em criminologia e dogmática penal crítica, tendo em vista que todos os aludidos autores pontuaram suas investigações sob o prisma do paradigma da reação social.

social, e de outras reflexões sobre o fenômeno criminal, que determinaram na Criminologia contemporânea o surgimento do paradigma alternativo ao **etiológico**: o da **reação social** (*social reaction approach*) do “controle” ou da “definição”. Vera Andrade explica que o *labelling* parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos independentes reciprocamente, formulando a sua tese central: “a de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção”.⁴

Assim, a criminalidade é um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime que atribui à conduta o caráter criminal (criminalização primária) e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso (criminalização secundária).⁵

O sistema penal passa a ser entendido não mais como um complexo estático de normas penais, mas sim um processo dinâmico de articulação formado por todas as agências de controle social formal (Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Polícia, Penitenciárias) e informal (opinião pública, família, etc).

Então, enquanto que a Criminologia tradicional, assentada no **paradigma etiológico**, indagará “quem é criminoso?” e “por que o criminoso comete crime?”, o *labelling* perguntará “quem é definido como desviante?” e “por que determinados indivíduos são definidos como tais?”.⁶

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social*, p.28.

⁵ *Idem*, p. 30

⁶ *Idem*, p. 30

Quanto à criminalidade, esta se manifesta “como o comportamento da maioria, antes que a de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais” Assim, “se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”.⁷ Então, o sistema penal é seletivo, e esta é feita nas camadas mais vulneráveis ao sistema, visto que as mesmas não são detentoras de poder político e/ou econômico e/ou científico (a sua clientela, na ampla maioria, é composta por pobres e com pouca escolaridade), garantindo, por outro lado, a *imunização* das outras camadas da sociedade (criminalidade oculta).⁸

No **paradigma etiológico** o crime é concebido como uma entidade ontológica (existe por si só), bem como a criminalidade é uma qualidade intrínseca a conduta do criminoso. Aqui a criminalidade é composta por uma minoria de sujeitos potencialmente perigosos (o mal), e a sociedade será o mundo da normalidade (o bem), que deve ser defendida daqueles através da pena. Por sua vez, **no paradigma da reação social** o crime é concebido como rótulos atribuídos a alguns comportamentos de determinados sujeitos, o qual acontecerá através de complexos processos de interação social formais e informais; ou seja, o sistema penal opera visando combater a criminalidade (função declarada) para proteger as pessoas de bem daquela minoria muito mal que vem colocar em risco a segurança pública (ideologia da defesa social). A lógica do seu funcionamento é a seleção de pessoas.

⁷ *Id.*, p. 31.

⁸ ANDRADE, Vera. R. P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 278-279.

Vera Andrade entende que a seletividade é quantitativa e qualitativa. A primeira acontece pelo fato de que nem todas as ações e omissões criminalizadas primariamente (tipos penais) serão processadas, visto que as camadas sociais vulneráveis (aquelas não são detentoras de poder político e/ou econômico e/ou político) ao sistema penal serão processadas pelas agências de operacionalização (Policia, Ministério Público, Judiciário), o que permite a *imunização* das outras camadas detentoras de poder. A *seletividade qualitativa*, acontece no âmbito destas agências de operacionalização, quando ocorre a criminalização secundária. Esta vem a ser a imposição da pecha de criminoso pelas agências de poder que compõe o sistema penal, pois nem todos os inquiridos vão servir para a denúncia e havendo esta nem todas receberão a sentença condenatória. Então a imunização é a regra sendo a criminalização a exceção, pois a maioria das condutas praticadas fará parte da cifra oculta.⁹

O que vai acontecer é que para casos análogos as decisões serão diferentes, visto que o sistema penal não se dirige para as ações legalmente definidas como crime (Direito Penal do fato), como quer a Dogmática Penal, mas sim contra as pessoas ("contra"-Direito Penal do Autor)¹⁰, sendo a decisão previamente tomada com base no "código ideológico" (*Second Code, Basic Rules*), o qual está permeado com estereótipos associados ao senso comum (teoria de todos os dias - *every days theories*).

2 HIPÓTESE, OBJETIVOS E MARCO TEÓRICO

Diante destas evidências trazidas pelo novo enfoque a inquietação central do trabalho foi saber se o "código ideológico" dá ensejo à heterogeneidade de decisões

⁹ ANDRADE, Vera R. P. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 259-266.

¹⁰ Este é o núcleo central da tese de Vera Andrade na obra acima citada.

(para casos análogos, decisões diferentes) e, por consequência, à conservação e à (re)produção de “estereótipos” e (pre)conceitos sobre a criminalidade.

A hipótese¹¹ que acompanhou esta inquietação foi a de que a instância judicial co-participa da seleção promovida pelas demais agências do sistema penal (Polícia, Ministério Público). A seleção judicial se manifesta tanto através das sentenças prolatadas pelas instâncias de primeiro grau, quanto por acórdãos, prolatados pelas instâncias superiores. Ambas estão respaldadas em dois códigos: um é visível e o outro invisível. O primeiro código é representado pela lei e pela técnica dogmática penal e processual penal que fundamenta o conteúdo decisório. O segundo código, que é ideológico e latente, não aparece na fundamentação da sentença, mas condiciona o conteúdo desta. Então, no lugar de “pré-conceitos” são colocados conceitos, os quais servem para dar uma “roupagem” científica e legal, encobrendo a *seletividade*, expressando a ilusão da certeza e racionalidade das decisões. Assim, a impunidade e a criminalidade ao invés de serem influenciadas pelas variáveis que formalmente vinculam a tomada de decisões (“código tecnológico”) são condicionadas por variáveis latentes e não reconhecidas que reenviam à “pessoa” do autor e da vítima.¹²

O objetivo principal desta pesquisa é identificar nas decisões judiciais a presença dos dois códigos que as compõe. Além disto, buscou-se demonstrar a operacionalidade dos dois códigos. Isto ocorre através do condicionamento do conteúdo imposto pelo **segundo código** (invisível, permeado de ideologias) sobre o **primeiro código** (visível, composto pela lei penal associada à dogmática penal e processual penal). E, por fim, contribuir, mesmo que

¹¹ A presente hipótese, bem como as conclusões que aqui aparecem, é corolário da obra de Vera Andrade *Ilusão de Segurança Jurídica*. Urge afirmar, sem medo de errar, que no âmbito da Criminologia a aludida obra é referencial na paragem tupiniquim.

¹² ANDRADE, Vera R.P. *Violência sexual e sistema penal*. p. 114. Os termos “código ideológico” e “código tecnológico” foram cunhados por Vera Andrade.

modestamente, na desconstrução do entendimento imperante no senso comum dos operadores jurídicos de que a sentença penal é construída através do silogismo perfeito que lhe confere estrutura lógico-formal. Ou seja, de que a sentença possui duas premissas, uma *maior* e outra *menor*. Esta referente *ao fato* e aquela referente *à norma*, as quais viabilizariam a *conclusão*.

3 DA ESTRUTURA DA PESQUISA

Para investigar a hipótese a pesquisa foi dividida em duas partes, e cada uma delas contemplada com dois capítulos. A primeira foi dedicada à demonstração teórica da existência dos dois códigos que permeiam a decisão judicial.

O **primeiro capítulo** demonstrará que antes de fundamentar tecnicamente a sua decisão o julgador já tinha a esboçado previamente, seja para condenar ou absolver, sendo este julgamento feito subjetivamente através de sua concepção pessoal sobre o fenômeno criminal, empatia ou ojeriza pelo autor que está sendo processado. Vale lembrar que o "código ideológico" (*second code*), orientará a decisão do julgador, tendo em vista que o mesmo reproduz as estruturas objetivas da sociedade, a qual é dividida em classes. Logo, os julgamentos serão realizados a partir dos estereótipos e do senso comum sobre a criminalidade. Isto significa que o julgador, conscientemente ou não, vai decidir de acordo com estas estruturas perpetuadoras de uma sociedade estratificada em classes, gêneros, cores, e outros elementos que compõe o "código ideológico". Mas para chegar a este ponto, faz-se necessário primeiro entender o início desta concepção radicalmente (no sentido que busca as raízes) diferente do "feijão com arroz" que é reproduzido nas escolas de Direito, Tribunais, que, baseados no paradigma etiológico, representam a visão tradicional sobre o crime e o criminoso.

Este capítulo conterà a teoria do sistema penal. De início, buscar-se-á compreender o sistema penal, sob o enfoque da reação social, já que agora ele é objeto de investigação da Criminologia Crítica. Para tanto, será exposto o seu conceito, bem como ver-se-á sua composição e as ideologias que o legitimam e, por extensão, quais são as suas funções declaradas e as outras que estão latentes.

Encerrando este capítulo, verificar-se-á a criminalização, tanto a primária quanto à secundária, e a relação com a dogmática jurídica. Quanto a criminalização secundária se evidenciar como ela acontece nas diversas agências de poder, principalmente no Judiciário, explanando sobre os dois códigos existentes para decidir o caso concreto que caiu nas malhas do sistema penal. Será visto que o primeiro código, chamada de "tecnológico", vem a justificar tecnicamente o segundo código, chamado de "ideológico", que vem de fato a decidir previamente a questão.

O **segundo capítulo** será dedicado exclusivamente ao estudo da técnica do sistema penal, cuja fundamentação posterior é realizada através do "código tecnológico". Assim, procurar-se-á evidenciar os mecanismos que levam o julgador a revestir sua decisão com a roupagem da legalidade. Tal acontecerá com a utilização da Dogmática Jurídica Penal quanto Processual Penal. Para tanto, será necessário entender como intérprete e dogmática jurídica estão relacionados para o propósito desta pesquisa que é investigar os mecanismos que levam a decisão. Assim, vislumbrar-se-á a manipulação da dogmática jurídica, bem como da legislação, quando das redefinições diretas e indiretas dos termos legais pelo intérprete. Buscar-se-á evidenciar a elasticidade das significações, permitidoras da discricionariedade do julgador que chegará às raias da arbitrariedade.

Em seguida a Dogmática Penal será objeto de estudo. Neste momento será verificado que é através dela que o crime terá uma conceituação técnica. Tal conceito é oriundo da Teoria do Delito. Assim, serão verificados os três elementos valorativos formados pela tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

Em seguida, buscar-se-á a verificação da Dogmática Processual Penal, através do estudo da Teoria da Prova, esta que é o fulcro de todo o processo penal. Sem prova não há a incriminação. Demonstrar-se-á o quanto é manipulável esta arquitetura montada para garantir os direitos individuais da pessoa.

Encerrando este capítulo, será demonstrado como os princípios jurídicos são utilizados para descriminalizar ou então criminalizar condutas. Verifica-se que, no tocante a descriminalização, os princípios de Direito Penal funcionam como artifícios legitimadores da sentença absolutória. Basta lembrar que em alguns casos a Dogmática Penal e a Processual Penal fatalmente condenariam àquele que praticou uma conduta não permitida pela lei, sendo a conduta descriminalizada judicialmente através da aplicação dos princípios. Serão vistos alguns já formalizados, como o da legalidade, o da humanidade e o da igualdade. Existem outros que mesmo não estando formalizados são de suma importância, como o da lesividade, o da intervenção mínima, o da insignificância e o da adequação social.

A segunda parte será dedicada à demonstração empírica daquilo que foi aludido nos dois primeiros capítulos da pesquisa. Buscar-se-á ilustrá-la através da análise sobre acórdãos,¹³ que foram selecionados de acordo com os limites fixados no espaço e tempo.

¹³ Vale ressaltar que a pesquisa no âmbito dogmático e respaldada com a ilustração dos tribunais, já foi realizada no curso de pós-graduação em Direito da UFSC. Trata-se da dissertação de mestrado de João José Caldeira de Bastos intitulada "*O Poder Judiciário e a Lei: a decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense*", defendida em 1978, cuja orientação ficou a cargo do professor Dr. Osni Régis. Outra dissertação que também buscou a aproximação com o produto decisório forense foi a de Lenio Luis Streck intitulada "*O tribunal do Júri e os Estereótipos: uma leitura interdisciplinar*", defendida em 1988, tendo a orientação do professor Dr.

A limitação espacial deu-se quanto aos tribunais a serem trabalhados. Quanto aos bens jurídicos de competência da justiça estadual, a escolha dos julgados ficou restrita aos julgados do TJSC (Tribunal de Justiça Santa Catarina). Quanto ao bem jurídico de competência da justiça federal, empreendeu-se a garimpagem de acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais, divididos em cinco regiões, os quais foram publicados na seção de jurisprudência federal da Revista dos Tribunais (RT). A limitação temporal foi fixada no período de 1990 a 1999, pois a pesquisa foi facilitada pelo uso do CD-ROM da Jurisprudência Catarinense, vol. 2, que contém os acórdãos na íntegra prolatados no decênio aludido.

Além disto, procurou-se delimitar justamente sobre assuntos controvertidos da dogmática jurídica, que proporcionam verdadeiras batalhas, cujas armas são a caneta e o papel esgrimidos através de argumentos retóricos revestidos pela técnica jurídica, sendo que, no mais das vezes, esconde o julgamento de cunho ideológico. Os bens jurídicos selecionados foram em número de quatro, a saber: vida, costumes, patrimônio e administração pública.

Na totalidade foram selecionados **82 julgados**. A escolha dos supracitados bens deu-se pelo fato de existir a necessidade de pontuar a pesquisa, pois não existe a possibilidade de analisar todas as incriminações existentes na legislação penal. O recorte foi feito no sentido de escolher bens jurídicos mensuráveis economicamente, e outros que não possibilitam tal mensuração.

Quanto aos bens jurídicos não capitalizáveis foram escolhidos aqueles que atingem a vida e a liberdade sexual. Em relação ao bem jurídico vida, foi realizado outro recorte, restringido a análise dos delitos de trânsito. Então, neste momento serão analisados os homicídios culposos decorrentes de acidentes de trânsito que proporcionaram a discussão do

Luiz Alberto Warat, sendo mais tarde publicada com algumas modificações pela Editora Livraria do Advogado, de Porto Alegre, tendo como título "*Tribunal do Júri: símbolos e rituais*".

estado anímico do sujeito ativo, ou seja, se havia o dolo eventual ou a culpa consciente quando no momento da ação que provocou um resultado danoso a vida de alguém. Serão analisados **24 julgados** do TJSC.

O outro bem jurídico não capitalizável será nos casos que supostamente afrontam a liberdade sexual da vítima, menor de 14 anos, resultando a tipificação por estupro. Serão analisados **17 julgados**. Nestes casos a discussão realizada no TJSC residiu na presunção de violência, se esta foi absoluta ou relativa, sendo que a última possibilitou a absolvição e a primeira a condenação.

O **quarto capítulo** será dedicado a análise dos bens jurídicos capitalizáveis, ou seja, aqueles que atingem o patrimônio privado e a administração pública. Vislumbrar-se-á a codificação ideológica quando os bens jurídicos são capitalizáveis e são tidos como insignificantes, ou pelo menos assim é requerido pela defesa e, em algumas situações, até mesmo pelo Ministério Público. Por isto foi escolhido, quanto as lesões que ofendem o patrimônio individual de modo ínfimo, o furto famélico, que envolve a discussão da existência do estado de necessidade que afasta a ilicitude da conduta. Serão analisados neste tópico **17 julgados** do TJSC que envolveu a discussão deste assunto.

O último bem jurídico capitalizável escolhido foi aquele que atinge um sujeito passivo coletivo, tendo em vista que é o Estado que será lesado em seu erário, já que foi escolhido o delito de descaminho para a análise. Por ser de competência o processamento da Justiça Federal, foram analisados os casos publicados na Revista dos Tribunais. Foram investigados **15 julgados** dos vários tribunais regionais federais que existem no território nacional.

A presente abordagem possui importância pelo fato de desvendar os meandros das decisões jurídicas, facilitando a vida daqueles que militam no fórum e, talvez, aliviando a angústia existencial daquele que tem o poder de vida ou morte sobre alguém. O bom de tudo, àquele que ler esta pesquisa não poderá dizer que ninguém o avisou que o sistema penal funcionava deste modo.

Foram inseridas no próprio bojo da pesquisa tabelas e gráficos que servirão para visualizar melhor o alegado. Na bibliografia estão presentes todos os textos utilizados nos excertos citados, bem como aqueles que influenciaram, de algum modo, a realização do trabalho. Também estarão citados todos os acórdãos trabalhados pela pesquisa.¹⁴

Urge informar que as citações extraídas dos acórdãos foram integradas ao texto da pesquisa, tal qual estavam no documento pesquisado. Isto quer dizer que os possíveis erros de concordância, tanto verbal quanto nominal, bem como os ortográficos, foram transcritos *ipsis verbis*, a fim de não prejudicar a autenticidade deles.

¹⁴ Vale lembrar que o modo de indexar as obras para a referência bibliográfica no Brasil sofreu alterações. A NBR - 6023 foi alterada em agosto de 2000 pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). A mais importante reforma foi sobre a normatização de documentos eletrônicos.

PRIMEIRA PARTE

TEORIA E TÉCNICA DO SISTEMA PENAL

Capítulo 1 TEORIA DO SISTEMA PENAL

Capítulo 2 TÉCNICA DO SISTEMA PENAL

CAPÍTULO 1

TEORIA DO SISTEMA PENAL

1.1 O SISTEMA PENAL

1.2 AS CRIMINALIZAÇÕES

1.2 A DOGMÁTICA JURÍDICA

"Desde que existe a história, duas classes de homens dirigem a humanidade; os opressores e os libertadores. Aqueles dominam pelo mal, estes pelo bem. Mas de todos os libertadores o pensador, o intelectual é o mais eficaz. O espírito fere de morte o mal. Os pensadores emancipam o gênero humano. Sofrem, mas triunfam. E é pelo sacrifício que eles, não raro, alcançam a redenção dos outros. Podem sucumbir no exílio, no cárcere ou no patíbulo. O seu ideal lhes sobrevive: e, mesmo depois de sua morte, continua a tarefa libertadora".

Teófilo Otoni.

(Esta mensagem foi publicada no *Diário do Rio de Janeiro*, em 7 de dezembro de 1860, e transcrita no livro *Teófilo Otoni, ministro do povo*, de P. Pinheiro Chagas, p 271-272)

1 TEORIA DO SISTEMA PENAL

Para melhor compreensão de como funciona a criminalização secundária pelo Judiciário, realizado através da sentença penal, é de bom alvitre compreender o próprio sistema penal, bem como entender como vai acontecer a consolidação do saber penal, tendo em vista que este formará o entendimento possuidor da cientificidade sobre o fenômeno criminal. As justificativas técnicas encontradas na Dogmática Penal e na Processual Penal são oriundas deste momento.

1.1 O SISTEMA PENAL

Esta parte será dedicada ao estudo radical do sistema penal como controle formal daquelas condutas tidas como negativas à sociedade, as quais ofendem os bens jurídicos considerados relevantes. E será com radicalismo que se poderá entender a sua real função, ou seja, não apenas descrever o que o mesmo diz que faz, mas apontar o que não é dito mas o que efetivamente é feito. Assim, radicalizar não está em seu sentido pejorativo, isto é, entendido como aquela contestação que afronta em sentido contrário alguma afirmação tida como verdadeira, mas sim no sentido de buscar as raízes do objeto estudado: o sistema penal é eficaz no combate à criminalidade? Sim? Não? E qual o por quê?

Para isto, a abordagem precisa ser feita sob o enfoque do **paradigma da reação social**. Caso contrário, sob o enfoque do **paradigma etiológico**, ter-se-á o sistema penal como um conjunto compartimentalizado de agências de poder que operam embasados na legislação, tudo no afã de combater a criminalidade e produzir a segurança jurídica.¹ Cada agência cumprirá a sua função definida através da lei, sendo que somente o Poder Judiciário julgará o fato, sancionando ou absolvendo. Todavia, este enfoque é simplista, reducionista e, por assim dizer, até ingênuo. Só que é uma “ingenuidade” pervertida, pois o mesmo diz uma coisa e faz outra totalmente diferente, como ver-se-á quando do estudo de suas funções não declaradas, as quais, porém, são as verdadeiras.

Entender o sistema penal desta forma é, comparativamente, como realizar a compra de um automóvel a partir do perfeito estado de seu motor. Uma coisa é vê-lo

¹ O paradigma em ciência pode ser conceituado como determinado modelo de compreensão de um fenômeno, seja natural ou social, aceito pela comunidade científica. A Criminologia também possui o seu paradigma científico de compreensão do fenômeno criminal. Hoje existem dois paradigmas distintos: o **paradigma etiológico** e o **paradigma da reação social**. Aquele é oriundo do positivismo criminal do século XIX, reinando incontestável até aproximadamente a década de 60 do século XX. A partir desta data aconteceu o ataque deslegitimador ao sistema penal moderno (construído nos séculos XVIII e XIX), que veio a culminar com o surgimento do **paradigma da reação social**. Neste item trataremos sobre a mudança paradigmática que influenciou sobrejamente todo o entendimento do fenômeno delituoso, visto a mudança do **paradigma etiológico** para o **paradigma da reação social**. Segundo o paradigma etiológico o crime é ontológico, ou seja, existe por si só, sendo praticado por pessoas com tendências naturais a delinquir, uma vez que ele é oriundo de fatores de ordem causal, tais como os hereditários, psicológicos, ambientais e sociais. O aludido paradigma tem duas matrizes fundamentais: a primeira é a Antropologia Criminal de Cesare Lombroso; a segunda é a Sociologia Criminal de Enrico Ferri.

O paradigma da reação social, por sua vez, vai pontuar que a criminalidade é um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a “seleção”, que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso. No primeiro momento, quanto à “definição” da conduta a ser considerada criminosa, acontecerá a criminalização primária (quando o Parlamento aprova a lei que incrimina a conduta). Após isto, acontecerá a criminalização secundária produzida pelas próprias agências de poder que compõem o sistema penal. Neste momento acontecerá a rotulação de criminoso àquelas pessoas que foram processadas por este sistema, cujo ponto culminante será a sentença condenatória. Por isso, o sistema penal não é mais entendido como um complexo estático de normas penais, mas sim um processo dinâmico de articulação formado por todas as agências de controle social formal (Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Polícia, Penitenciárias) e informal (opinião pública, família, entre outros). A partir deste entendimento, acontece a ruptura com o enfoque dado à criminalidade sob a batuta do paradigma etiológico.

parado, sem funcionamento. O vendedor do veículo, que pode ser “picareta” (sabe que não funciona) ou de boa índole (acredita que funciona), pode descrever cada peça, além da função programada para cada uma delas. Além disso, descreverá o ronco perfeito do motor em funcionamento, sendo este suave, redondo e cujo desempenho é de alta performance. Assim, a partir da descrição, a compra é feita.

Como foi acreditado nas palavras do vendedor, esperar-se-á que as promessas e encômios feitos ao automóvel sejam cumpridas quando precisa-se dele em funcionamento. Mas que decepção quando é girada a chave, dada a ignição e posto o motor a funcionar. Só depois de estar ligado, constata-se que o mesmo está queimando óleo, é de baixa potência e, portanto, não cumpre o que foi prometido. Assim é o sistema penal moderno quando se analisa o seu real funcionamento, pois possui promessas não cumpridas (alto desempenho no combate à criminalidade) e cumpre o que não foi dito (“queima óleo”, isto é, reproduz o *status quo* através da penalização, pois só alguns “eleitos” serão punidos).

Por isto dizer que o sistema penal é seletivo, e esta é feita a partir das camadas mais vulneráveis a este, visto que as mesmas não são detentoras de poder político e/ou científico e/ou cultural, garantindo, por outro lado, a imunização das outras camadas da sociedade (criminalidade oculta).

1.1.1 Conceito de Sistema Penal

Conceituar o sistema penal, obrigatoriamente, leva a indagar sobre a atuação das várias agências que o compõem, pois parece que formam um todo racional, sério,

uniforme e harmônico.² Vera Andrade entende que é necessário vislumbrar o sistema penal como um conjunto integrado de agências de poder que, ao invés de serem auto-suficientes e auto-reguladas, já que existe um processo de criminalização seletiva, atuam num “*continuum* no qual é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarregados do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional”³.

Francisco Bissoli Filho acompanha este entendimento, observando que, apesar da compartimentabilização e independência das agências do sistema penal, que não se pode “olvidar a atuação integrada em continuação dos diversos órgãos, desde o legislador até o sistema penitenciário, que dá consistência à funcionalidade do sistema orientado pela mesma ideologia”.⁴ Ainda lembra, com base em Alessandro Baratta, que é a ideologia da defesa social que orienta o combate a criminalidade por essas agências, apesar de Eugenio Raúl Zaffaroni afirmar que não existe uma ideologia do sistema penal, mas várias que se expressam no discurso de cada um dos grupos humanos e facções que o compõe. Além disso, como bem lembra Vera Andrade, a ideologia dominante do sistema penal é formada pela ideologia liberal, cujo princípio da legalidade é o seu sustentáculo, e pela ideologia da defesa social, a qual tem por alicerce a divisão maniqueísta do mundo entre o bem (sociedade) e o mal (criminoso).⁵

Desse modo, seguindo o mesmo entendimento de Vera Andrade, o sistema penal vem a ser um conjunto de agências de poder, que interagem com o meio social,

² BISSOLI FILHO, Francisco. *O estigma da criminalização no Sistema Penal Brasileiro*, p. 52.

³ ANDRADE, Vera R. P. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 210.

⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Op. Cit.*, p. 54.

⁵ ANDRADE, V. R. P. *Op. cit.*, p. 180.

influenciando e sendo por este influenciado (mídia, família, igreja, vizinhos, escola, etc, os quais formam o senso comum), funcionando a fim de combater a criminalidade (função declarada) para proteger as pessoas de bem, daquela minoria muito má que vem a pôr em risco a segurança pública (ideologia da defesa social). Isto ocorrerá através da aprovação das leis penais (criminalização primária) e a aplicação desta pelas várias agências de poder que compõe o sistema penal, as quais configuram verdadeiros filtros de poder, devido à possibilidade de declarar quem será tido como criminalizado ou não (criminalização secundária). A este será aplicada a sanção penal, previamente decidida pelo "código ideológico" (estereótipos e senso comum sobre a criminalidade) e posteriormente justificada pelo "código tecnológico" (lei e dogmática penal e processual penal),⁶ que, na maioria dos casos, foram *selecionados* junto às camadas sociais vulneráveis.

Deve-se ao fato de a lógica do sistema ser pautada na *seletividade*, permitindo *imunizar* as outras camadas que, ao contrário daquela selecionada, possuem alguma forma de poder, seja este de caráter político, econômico ou científico. Esta é a chamada função latente do sistema penal. Enquanto o seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, estas pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder, não vão ser "escolhidas" para sofrerem a repressão do sistema penal pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.

⁶ O tema dos dois códigos utilizados na criminalização secundária é tema do subitem 1.2.2 desta pesquisa.

1.1.2 Composição

Francisco Bissoli Filho entende que o sistema penal é composto pelo aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões, direta ou indireta, relacionadas ao fenômeno criminal, sendo o seguinte: as agências legislativas (as quais aprovam as normas, ocorrendo aqui a criminalização primária); a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o sistema prisional, todos responsáveis pela aplicação das normas e responsáveis pela criminalização secundária. De maneira indireta estão as agências que concorrem para a aplicação das leis penais, tais como os órgãos públicos, os agentes financeiros e econômicos que têm o dever-direito de noticiar as práticas de crimes (Polícia Ambiental, Banco Central, Vigilância Sanitária, Defesa do Consumidor, etc). Também entram no rol os responsáveis pela produção e reprodução dos saberes que envolvem o sistema penal, por meio do ensino jurídico⁷.

Vera Andrade também afirma que o conceito de sistema penal é bidimensional, pois inclui normas e saberes (programas de ação ou decisórios) e, por outro lado, ações e decisões, organizado também bidimensionalmente. Isto quer dizer que o mesmo conterá uma *dimensão programadora* e uma *dimensão operacional*. A *primeira* define o objeto do controle, ou seja, a conduta delitiva (o que na visão tradicional é tida como crime). A *dimensão operacional* tem por fim realizar o controle do delito com base naquela programação. O Direito Penal estaria no centro do sistema, situando-se na primeira dimensão, tendo caráter “programático”, já que é integrado por

⁷ BISSOLI FILHO, F. *Op. cit.*, p. 51-52.

normas constitucionais, processuais penais, penitenciárias, etc., o que expressa um “dever-ser”, totalmente abstraído da realidade em que está inserido (do mundo do ser).⁸

1.1.3 Ideologias Legitimadoras

O signo ideologia possui vários significados, sendo necessário, portanto, realizar o acordo semântico na busca do conceito operacional para bem trabalhar este item. Para tanto, acompanhando Vera Andrade, ideologia vai ser empregada num duplo sentido:⁹

- a) Sentido Positivo: aqui ela significará um sistema de idéias, crenças e valores que estarão vinculados à prática. Logo, será a ideologia um programa para a ação.
- b) Sentido Negativo: significará falsa consciência ocultadora da realidade, inclusive invertendo a realidade.

Isso quer dizer que a ideologia vai ser utilizada para criar um conjunto de ações que ocultam a realidade. O discurso da Dogmática Jurídica Penal vai conter a ideologia liberal. Já a pena terá a ideologia da defesa social como seu sustentáculo.

Por isso, Vera Andrade vai explicar que a

identidade ideológica da Dogmática Penal reside, assim, na dialetização do discurso liberal com o discurso da ideologia da defesa social em cujo universo deve ser inserida e compreendida a sua função declarada.

Enquanto ideologia jurídico-penal dominante, o discurso dogmático, traduzido num conjunto de representações, constitui um programa para a ação, sendo eminentemente positivo, configurador de sentido. Mas comporta, simultaneamente,

⁸ ANDRADE, Vera R. P. *Dogmática e Controle Penal*: em busca da segurança prometida, p. 123. Confira: AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “Contra” Reforma Penal (1984-1996)*: uma ilusão ... que sobrevive”, p. 14.

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 138. Extraída a idéia da nota remissa nº 22.

uma representação ilusória da realidade em função da qual aquele sentido mesmo é produzido.¹⁰

A **ideologia da defesa social**, conforme observa Alessandro Baratta, é contemporânea da revolução burguesa.¹¹ Segundo Vera Andrade, ela

foi sendo construída pelo saber oficial (desde a Escola Clássica, passando pela Escola Positiva e chegando à Técnico-Jurídica) e filtrada através do seu debate escolar, veio a constituir-se não apenas ideologia dominante na Ciência Penal, na Criminologia e nos representantes do sistema penal, mas no saber comum do homem da rua (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena.¹²

Logo, esta ideologia vai ser reproduzida nos mais diversos meios sociais, desde a escola até a mídia. Não é à toa que programa televisivo do estilo "bato, mato e pico bandido" alcance tanta repercussão na sociedade, inclusive criando ambientes histéricos que legitimam os morticínios como, por exemplo, de menores de ruas tidos como marginais. Talvez quando da chacina da Candelária, em 1993, alguns transeuntes até pensaram alto: *é isso mesmo que tem que fazer! O mal se corta pela raiz! Morra o bandido e viva a polícia!*

Alessandro Baratta comenta que a ideologia da defesa social é explicada através de alguns princípios definidores, tais como:¹³

- a) *Princípio do bem e do mal*: é a divisão maniqueísta oriunda da escolástica. A sociedade será composta por uma maioria de pessoas de bem. A minoria será a representada pelas pessoas anti-sociais do mal. É interessante notar que esta dicotomia está presente em todos os lugares da sociedade. Basta lembrar a

¹⁰ *Idem*, p. 138.

¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 41.

¹² ANDRADE, Vera R. P. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 135-136.

¹³ Conforme BARATTA, Alessandro, *Op. Cit.*, p. 42-43.

eterna briga entre o bem e o mal que é reproduzida, por exemplo, nas histórias em quadrinhos, filmes, literatura.

- b) *Princípio de culpabilidade*: todos tendo consciência do ato perpetrado devem ser sancionados. Por isso, o delito é uma expressão interior reprovável porque o autor age contra os valores e normas que existem na sociedade antes de serem sancionadas pelo legislador.
- c) *Princípio de legitimidade*: devido o contrato social, uma parte da liberdade foi entregue ao Estado pelos cidadãos, o qual é responsável pela manutenção da paz e segurança de todos. Por isso será o Estado o detentor do monopólio da violência que será utilizada cerceando e restringindo os direitos daqueles que atuam contra as normas, assim reafirmando os valores da sociedade que reage legitimamente através das instâncias formais.
- d) *Princípio de igualdade*: não haverá distinção entre as pessoas, seja devido a cor, raça, sexo ou qualquer outro motivo ensejador de diferenciações. A lei penal atingirá a todos, salvo os casos de imunidade formal prevista na legislação. A criminalidade vai significar a violação do Direito Penal, sendo aplicada a todos aqueles que possuem uma conduta desviada.
- e) *Princípio do interesse social e do delito natural*: os danos ocorridos contra os bens jurídicos dispostos no Código Penal são de interesse comum. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis chega a representar violações de determinados arranjos políticos e econômicos, e vai ser punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

- f) *Princípio do fim ou da prevenção*: a pena não tem somente o caráter de retribuição, mas também de prevenção através da intimidação (prevenção geral negativa). Além de servir para ressocializar aquele que pratica o ato anti-social (prevenção especial positiva).

Portanto, as ideologias cumprem uma função programativa, ou seja, influenciaram o intérprete na hora de decidir, sendo que a sentença estará embasada neste senso comum teórico sobre o fenômeno criminal. Tanto a ideologia liberal como a ideologia da defesa proporcionam ao Estado legitimação para controlar "a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-se no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado".¹⁴

É importante notar que a **ideologia liberal** vai estar presente no discurso dogmático; este que faz parte dos saberes que utilizados no sistema penal. São conhecimentos que orientarão e justificarão a atividade destas agências. O saber responsável pela interpretação da lei posta, o qual possuidor de conceitos e teorias arquitetadas para dar maior previsibilidade na hora de decidir é a dogmática jurídica. A auto-imagem da mesma é de ciência prática cujo objeto é a norma posta. Por isso é dito que a Ciência Penal é prescritiva e pertencente ao mundo do dever ser. É o paradigma dogmático que orientará esta ciência normativa.

O importante é ressaltar que toda a arquitetura do saber penal construída visou garantir o indivíduo do arbítrio do *jus puniendi* estatal. Para tanto, foram recepcionados no ordenamento jurídico vários princípios de cunho garantidor, como: o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF); o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da CF e art. 1º do CP); o princípio da irretroatividade da lei penal severa (art. 5º, XL da CF); o princípio da

¹⁴ ANDRADE, V. R., *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 137.

culpabilidade (art. 5º, XLV da CF); o princípio da humanidade da pena (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L da CF); o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF); o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF); o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), entre outros.

O discurso está pautado na racionalização do poder punitivo e garantias ao indivíduo, os quais configurarão limites inclusive aos operadores das agências de poder. É interessante notar que na real operacionalidade do sistema penal as garantias individuais existirão para alguns, enquanto que para outros existirá a repressão sem limites, já que a sociedade tem que ser defendida do perigo que representa o criminoso. Para esta "criatura do mal" a pena pode ser até extralegal (chacinas, por exemplo, as quais são execuções sumárias baseadas nos estereótipos e no senso comum do que seja a criminalidade). Destarte, a pena vai estar respaldada pela ideologia da defesa social.

Quanto às funções do sistema penal, tanto as declaradas quanto as não, são objeto de estudo do item abaixo.

1.1.4 Funções Declaradas

Todo o aparato que conhecemos como sistema penal desenvolveu-se durante os séculos XVIII e XIX, com base nas idéias liberais e na ideologia da defesa social, tendo por fim, basicamente, o seguinte:

- a) com base no *princípio da legalidade penal e processual penal*, ninguém pode ser incriminado desde que não estejam presentes às condutas *típicas, antijurídicas e culpáveis*; tudo de acordo com os requisitos detalhadamente explicitados nas

legislações, garantindo o menor espaço possível de discricionariedade ao julgador, o que garantirá os direitos individuais do réu em face do arbítrio daquele;

- b) o Direito Penal será aplicado de maneira igualitária, ou seja, todos responderão pela conduta anti-social que venham a praticar, pois estando inseridos na sociedade devem igualmente respeitar as normas de convivência;
- c) aos que não respeitaram a programação normativa, imposta pela conveniência e para a convivência dos homens de bem, ocorrerá o processamento penal, o qual culminará numa sanção penal que tem por fim, além da punição, a prevenção (geral e especial) e a recuperação daquele que foi considerado desviado;
- d) através da sanção penal, excluir-se-á o mal da sociedade (crime) e/ou seu instrumento de disseminação (criminoso; delinqüente). Este será devolvido à sociedade ressocializado, se possível, o que constitui um franco combate à criminalidade. Logo, a política criminal é baseada na repressão até na extirpação do crime e do criminoso, garantindo a *segurança* de todos os cidadãos de bem;
- e) Se as estatísticas de vitimação aumentarem, ou a mídia noticiar que a violência está acirrada (confluindo a uma autêntica histeria à beira de um ataque de nervos), a explicação dada para tais fatos é a de que o sistema penal está em crise porque este não consegue diminuir a criminalidade. Argumenta-se que a principal evidência é a falta de instituições totais (penitenciárias), já que existe enorme parcela de mandados de prisão não cumpridos. Então, a “solução” será aumentar os gastos públicos com a segurança pública com política criminal repressiva e não preventiva. Em suma, defende-se que “bandido” só entende a linguagem da violência, ou seja, o “tapa na orelha”.

Por causa de tudo o que acima foi exposto, o combate ao crime organizado e ao crime avulso, com base neste atuar do sistema penal, será ineficaz, pois se pensa, erroneamente, que o mesmo está em crise. Aí, para dar uma resposta hipócrita à sociedade, aprovam-se leis severas que afrontam princípios garantidores¹⁵ do Direito Penal. O que será conseguido com isso? Nada! Daí, novamente, voltará à política criminal menos repressiva, pautada nas garantias individuais do ser humano. Não dá certo? Volta-se à repressão, e, assim por diante, neste constante ir e vir. Portanto, o problema não está na lei, mas na própria lógica do sistema penal que atua simbolicamente no controle dos delitos, como veremos no item seguinte.

1.1.5 Funções Não Declaradas

O sistema penal não está em crise, principalmente no plano de sua eficácia, pois todos os dias cada vez mais se têm pessoas consideradas desviadas da normalidade, tendo em vista que praticaram condutas tidas como criminosas, sendo passíveis, portanto, de sanção penal. Só que esses delitos processados e apenados referem-se, na maioria, a delitos contra o patrimônio (furto, roubo e estelionato), à vida (homicídio e lesão corporal), à saúde pública (tráfico e uso de tóxicos) e aos costumes (estupro e atentado violento ao pudor). Ora, por que os grandes delitos econômicos, políticos, ecológicos, por exemplo, nos quais o sujeito passivo é a coletividade e, por consequência, os danos sociais e econômicos são imensuráveis, não são apenados com o mesmo rigor? Será que estes delitos não são processados porque não são perpetrados

¹⁵ São exemplos de princípios garantidores: o princípio da legalidade; o princípio da presunção de inocência; o princípio do devido processo legal; o princípio do contraditório, entre outros.

na mesma proporção que daqueles que levam vários criminalizados cumprirem a pena privativa de liberdade no sistema penitenciário?

Para responder a este questionamento, tem-se que lembrar da criminalidade visível e da invisível. Ambas ocorrem, porém o foco de atenção do sistema penal está voltado para a criminalidade individual, avulsa, praticada pelas camadas mais vulneráveis do estrato social, enquanto que os demais delitos ficam imunes, ocorrendo de fato, contudo, não sendo processados formalmente. Tanto é verdade que basta analisarmos o Censo Penitenciário Brasileiro de 1994, e então teremos um perfil da população carcerária, que é a seguinte:

- a) 95 % dos presos são pobres;
- b) 87 % dos presos não concluíram o primeiro grau;
- c) 85 % dos presos não possuem condições de contratar advogado;
- d) 96, 31 % dos presos são homens;
- e) Os crimes mais apenados são:
 - 33% por roubo (art. 157 do CP);
 - 18 % por furto (art. 155 do CP): 51% contra o patrimônio, isto representa mais da metade do processamento feito pelo sistema;
 - 17 % por homicídio (art. 121 do CP);
 - 10 % por tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6368/76);
 - 3% por lesão corporal (art. 129 do CP);
 - 3% por estupro (art. 213 do CP);

- 2% por atentado violento ao pudor (art. 214 do CP);
- 2% por estelionato (art. 171 do CP);
- 1% por extorsão (arts. 158 e 159 do CP).

Samyra Haidée Naspolini informa que “de cada dez presos, três cometeram delitos banais, como roubar tijolos ou uma lata de leite”.¹⁶ Relacionando outra informação do censo penitenciário, a autora explicita que “dos 129.169 presos do Brasil, 0,002 % cumprem pena por corrupção ativa (equivalente a 2,5 presos) e 0,04 % estão condenados por corrupção passiva (o equivalente a 2,5 presidiários)”.¹⁷

Todos os dados supracitados foram confirmados pelo Censo Penitenciário Brasileiro promovido pelo Ministério da Justiça, através do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no ano de 1995. Vale a pena conferir quais foram as condutas apenadas:

- 32,9% por roubo (art. 157 do CP);
- 16,4 % por furto (art. 155 do CP): 49,3% contra o patrimônio, isto representa mais da metade do processamento feito pelo sistema;
- 15,0 % por homicídio (art. 121 do CP);
- 10,6 % por tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6368/76);
- 6,9 % por estupro (art. 213 do CP) e outros crimes contra os costumes;
- 18,2 % outros crimes.

¹⁶ Revista “Isto É”. *A Punição Inútil*, 30 de novembro de 1994, p. 24. APUD: NASPOLINI, Samyra Haidée. *O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção à Violência Punitiva*, p.29.

¹⁷ Idem, p. 16. APUD: NASPOLINI, Samyra Haidée. *Op. cit.*, p.29.

A imprensa, tal qual a repercussão do *Censo de 1994*, divulgou “estupefata” os mesmos dados do anterior, só que de maneira mais completa. Pode-se extrair do “Calhamaço de Péssimas Notícias”,¹⁸ o seguinte:

- a) o Brasil possui 148.760 presos, isto é, 15 % a mais que em 1994. Significa que a massa carcerária cresce ao ritmo de um preso por minuto. Assim, se há dois anos faltavam 59.000 vagas, hoje o déficit cresceu 20%. A solução seria a construção de 145 novos presídios, perfazendo um custo de 1,7 bilhão de reais;
- b) um de cada três presos está em situação irregular, ou seja, são apenados com sentença transitada em julgado cumprindo a pena em delegacias e cadeias, ao invés de estarem, como dispõe a lei, nas penitenciárias. Assim, em torno de 50.000 pessoas estão confinadas irregularmente, enquanto que 100.000 mandados de prisão, por alguma razão, não foram cumpridos;
- c) a maioria dos condenados cumpre penas de quatro a oito anos, por roubos, furtos e tráfico de drogas;
- d) 10 % a 20 % dos presos podem estar contaminados com o vírus da AIDS. Tanto é grave, que a população homossexual, que um dia já foi tida como um grupo de risco (hodiernamente já se sabe: não existe grupo de risco, pois todos podem ser igualmente contaminados pelo vírus), possui um índice de infecção de 0,25 %. No Estado de São Paulo, o qual é o recordista nacional em incidência de AIDS, o índice de contaminação chega a ser de 1 caso por 1000 habitantes.

¹⁸ NETTO, Vladimir. Celeiro de Feras. *Revista Veja*, São Paulo, 23 de outubro de 1996, p. 50-1.

e) o custo do preso no Brasil é um dos mais baratos do mundo: em média R\$4.300 (quatro mil e trezentos reais) por ano. Os Estados Unidos (EUA) gastam seis vezes mais, e a Suécia gasta U\$61.000 (sessenta e um mil dólares) por preso/ano.

Alessandro Baratta afirma com razão que o cárcere

representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social, etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminoso¹⁹.

O processo de seleção referido por Baratta criminalizará (primariamente e secundariamente) os setores vulneráveis, permitindo a ampla imunização daqueles setores resistentes ao sistema. Esta vulnerabilidade é inversamente proporcional à detenção de poder político e/ou econômico e/ou científico. Estes setores imunes, que mesmo assim praticam as condutas tidas como socialmente negativas, farão parte da chamada *criminalidade oculta*. Esta é a lógica do sistema, pois seria impossível perseguir e sentenciar todas as ações e omissões, pois como bem observa Zaffaroni, se “todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc., fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por vezes, criminalizado”²⁰.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 167.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 26.

Não é a toa que os dados do *Censo Penitenciário* evidenciaram que a maioria dos apenados são pobres e de pouca instrução escolar. Isso quer dizer que o miserável e analfabeto são mais propensos ao crime? Evidentemente não, pois todas as camadas sociais o praticam. Só que a vulnerabilidade ao sistema penal é desproporcional à detenção de algum tipo de poder, seja ele obtido economicamente, culturalmente ou politicamente. Por isso dizer que o sistema penal está “*estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”.²¹ Com base nos dados acima, as funções declaradas da pena e, por extensão, do próprio sistema penal que se evidencia através dela, será basicamente reproduzir a desigualdade social e o *status quo*.

Ele não possui a eficácia quanto aos seus objetivos declarados, mas sim em relação ao que o mesmo não diz, ou seja, quanto as suas funções latentes. Vera Andrade afirma que a eficácia dele é “invertida”,²² pois através do apenamento dos setores vulneráveis da sociedade, proporciona a exclusão daqueles tidos como perigosos, os quais, por consequência, terão aí amplas chances de seguirem efetivamente uma carreira criminosa devido ao estigma que carregarão. Logo, a função do sistema penal será a de perpetuar o próprio crime, permitindo-se a falsa ilusão de combate à violência através da violência; tudo no intuito de promover a segurança das pessoas de bem, que deverão ficar longe do estereotipado “bandido” violento e inapto para a vida em sociedade, pois a qualquer momento ele poderá atacar as “criancinhas e mulheres”, babando de ódio e desejando o sangue dos incautos. Esta forma de entender o fenômeno criminal também

²¹ *Ibid.*, p. 27.

²² ANDRADE, Vera R. P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 298.

é reproduzida pelo senso comum,²³ que maximiza o estado de perigo e caos que pode ser instalado sem a existência da ordem representada pelo sistema penal.

Louk Hulsman e J. B. Celis, analisando a realidade americana, observam que não é com prisão que se combate a violência, pois nos Estados Unidos, apesar de toda a repressão, o índice de violência não diminuiu. Eles ponderam que nos

Estados Unidos o número de violências registradas é bastante alto. Os índices de homicídios registrados em algumas cidades americanas ultrapassam em muito o número absoluto de homicídios registrados em toda a França. E os Estados Unidos têm um dos sistemas penais mais repressivos do mundo (taxa de encarceramento entre 250-300 por 100.000 habitantes).²⁴

No mesmo sentido compactua Michel Foucault, afirmando que “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta.”²⁵

Então, ao invés de combater a violência, o sistema penal consegue perpetuá-la e intensificá-la, com uma roupagem de legalidade, e, por mais das vezes, até ilegalmente, tendo em vista as afrontas aos direitos e garantias individuais, constitucionalmente consagradas. Isto acontece, por exemplo, quando as agências policiais praticam a tortura em suspeitos. Vai por “água abaixo”, então, o *princípio da presunção da inocência* ²⁶.

²³ O senso comum sobre a criminalidade faz parte do “código ideológico”, abordado no subitem 1.2.2.2 desta pesquisa.

²⁴ HULSMAN, Louk ; CELIS, J. B. de. *Op. Cit.*, p. 31.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 234.

²⁶ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Portanto, o sistema penal teve êxito no não projetado. Michel Foucault também entende que a prisão teve sucesso na produção de delinquentes específicos (principalmente os que agem contra o patrimônio), deixando, em contrapartida, isentas as outras ilegalidades (delitos econômicos, por exemplo).

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar” não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irredutível a um certo nível secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva de ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é ante um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. (...) O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracassos”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.²⁷

O discurso falso interessa a alguém? Existe uma mente macabra por trás disso? A resposta é negativa. Como bem observa Eugenio Raúl Zaffaroni, o “discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má-fé, nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas”.²⁸

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.*, p. 243-244.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 14.

Enfim, se o sistema penal pode ser comparado com alguém, sem dúvida, este é o “Frankenstein”, sendo que, como Jackson de Azevêdo imaginou, falaria a todos que o quisessem ouvir e o entender (desde que não seja surdo ou demente, salvo os cínicos e os ingênuos), o seguinte:

Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que digo. É graças ao que digo (legalidade, prevenção, ressocialização, etc.) que posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade)²⁹.

Eis então a ilusão que é o sistema penal quanto ao seu discurso; uma dura realidade para aqueles selecionados por seus tentáculos criminalizadores. Os “escolhidos”, tais como as virgens conduzidas ao Minotauro, como diz a lenda grega, quando receberem a sua sanção, geralmente cumprida em prisões, encontrarão nada mais que os labirintos condutores à morte. Mas conseguindo do destino fatal “fugir”, possuem grandes chances de ter uma vida marcada (estigma) pela indelével presença deste agonizante período em sua vida, o qual atingiu não só a si, como a sua família ou a todos que estavam próximos. Talvez não mais consigam viver em sociedade e, com o passar do tempo, acostumem-se àquele lugar funesto (prisonização), descobrindo até que o Minotauro seja muito mais “humano” que aqueles que o conduziram até lá.

²⁹ AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Op.Cit.*, p. 22.

1.2 AS CRIMINALIZAÇÕES

Sabendo que o crime não é ontológico, e sim construção cultural da própria sociedade que visa regular determinadas condutas, existirá, então, criminalizações. Estas nada mais são que mecanismos oriundos do próprio sistema penal para distribuir o *status* de criminoso a algumas pessoas. A criminalização acontecerá em dois momentos, sendo este motivo que leva a dizer que existe a criminalização primária e a secundária.

1.2.1 Criminalização Primária: a "Seletividade Quantitativa"

A seletividade como lógica do sistema penal recai especialmente sobre os setores vulneráveis da sociedade, em que a violência do aparato estatal é real. Já para as camadas sociais "superiores" esta violência não é sentida, tendo, portanto, apenas conteúdo simbólico.

Isso já começa a ser percebido na primeira fase da seletividade do sistema penal, que é quantitativa. Acontece quando da aprovação das leis penais, que tem por fim regular as condutas consideradas negativas na sociedade, mediante aplicação da pena que castigue, previna e ressocialize quem cometeu o atentado ao bem jurídico tutelado pela norma.

Existem várias condutas que podem ser consideradas imorais, porém, se não for o Parlamento que as considere ilegais, estas não serão criminosas. Levando-se em conta que a agência responsável pela criminalização primária, que é responsável em dizer se a conduta abstrata é proibida ou não, tem em sua composição pessoas oriundas de determinado estrato social, com uma formação ideológica, cultural, religiosa, moral, nem sempre o parlamentar representará a vontade de todos. Basta pensar que as condutas que estes mesmos "representantes do povo" possam cometer, terão um tratamento diferenciado, até mesmo sendo considerada "normal". A partir deste raciocínio dá para entender o porquê das condutas

patrimoniais (aquelas condutas que atingem o patrimônio individual) terem repressão acentuada em relação aos delitos econômicos³⁰ (aquelas condutas que atingem a economia popular). Ora, quem detém certo grau de poder, seja econômico, cultural, científico ou político, irá bater carteiras na rua? Irá apontar uma arma na cabeça de alguém e dar voz de assalto? Irá, com uma rifa falsificada de instituição de caridade, vendê-la para angariar a falsa doação? Irá, numa briga regada a cachaça, em que ambos queriam provar a valentia, desfechar três golpes de facão com várias testemunhas atônitas? É bem possível que não! As condutas acima descritas são próprias das pessoas pertencentes aos setores vulneráveis ao sistema penal, e, por isso, facilmente reprimidas, pois a legislação é propícia, existindo penas exemplares dirigidas para a repressão dessas condutas que lhes são comuns.

Todavia, aqueles que estão no parlamento não teriam maior facilidade em se conduzir no sentido de sonegar tributos? Tendo posse de verbas para o orçamento, desviá-los para sua conta corrente e dizerem que ganhou na loteria? Ora, dá para notar que quem faz as leis nunca poderá atirar no seu próprio pé. Conscientemente ou não a imagem do criminoso e da repercussão do ato delituoso não passará pela própria figura do parlamentar que caminha na ilegalidade, tendo em vista que ele mesmo se diz uma "pessoa de bem".

Neste sentido Maria Lúcia Karam afirma que a

³⁰ Cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, p. 110-116. A autora observa que não está sedimentado no Brasil um conceito normativo de criminalidade econômica. Devido a isso e por não ter sido feita uma revisão sistemática da parte especial do Código Penal, existirá lei penais especiais que fixarão condutas para tutelar os bens e interesses jurídicos surgidos do pós-guerra. Podem ser citadas, olvidando algumas leis especiais, as seguintes: Lei nº 7.492/86 (defende condutas típicas que ofendem o sistema financeiro nacional, sendo incompatíveis com aqueles previstos na Lei nº 4.595/64); Lei nº 7.646/87 (dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País, cujas condutas típicas estão definidas nos arts. 63 a 78); Lei nº 8.137/90 (dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica, revogando tacitamente a Lei nº 4.729/65); Lei nº 8.176/91 (dispõe sobre crimes contra a ordem econômica); Lei nº 8.212/91 (dispõe sobre a organização da Seguridade Social, definindo crimes no art. 95); Lei nº 8.245/91 (dispõe sobre as locações de imóveis urbanos, definindo contravenções e crimes no arts. 43 e 44 e revogando expressamente a Lei nº 6.649/79).

seleção e definição de bens jurídicos e comportamento com relevância penal se faz de maneira classista, tendendo a privilegiar os interesses de classes dominantes, tendência que vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamento característico das camadas mais baixas e marginalizadas, excluindo ou minimizando comportamento socialmente danoso, característico das classes dominantes e ligados à acumulação do capital.³¹

Para exemplificar esta conclusão, a autora pondera que ninguém

tem dúvida dos imensos prejuízos que o peculato e a corrupção causam a nosso país, que assiste, já sem muita surpresa, dada a sua freqüência, a uma sucessão de escândalos na administração pública, desvios de verbas, malversação de fundos, condutas que, evidentemente, causam danos sociais, prejuízos econômicos muito mais intensos do que furtos ou roubos. No entanto, ao peculato se atribui hoje a do furto qualificado, e à corrupção pena minas de lano. (...) ³²

As afirmações acima feitas são referendadas por Lenio Streck ao lembrar que o art. 34 da Lei n.º 9.426, de 26 de dezembro de 1995, extingue a punibilidade daquelas condutas praticadas contra o erário público quando da sonegação de tributos, previstos na Lei n.º 8.137/90, desde que aconteça o pagamento antes do recebimento da denúncia. Lembra, com base nos dados da Receita Federal, publicados no jornal *O Estado de São Paulo* de 21.09.96, que

cerca de U\$490 bilhões - aproximadamente 30% do montante que circula anualmente no mercado financeiro brasileiro - escapam da tributação. Esse valor equivale a 60% do PIB do país... O valor é decorrente do contrabando, tráfico de drogas, sonegação de impostos, caixas dois e corrupção ! Parte desse dinheiro é remetida para paraísos fiscais, onde é "lavada" ara retornar legalizada ao Brasil! ³³

³¹ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 99.

³² *Idem*, p. 101.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 61-62.

A pergunta que fica, diante do exposto, é a seguinte: não houve ofensa ao princípio da isonomia consagrado no art. 5º, *caput* da CF? Como ficará a situação daquele que, por exemplo, subtraiu uma bicicleta no valor de R\$180,00 e, antes do recebimento da denúncia, arrependido a devolveu ao legítimo dono? Este, por sua vez, até não mais se sente lesado, inclusive pedindo ao delegado para "tirar a queixa". Diante da lei penal este agente ativo somente terá como benefício a redução de um a dois terços da pena, em razão do arrependimento posterior, atenuante prevista no art. 16 do CP. Qual a razão de tamanha discriminação? O bem jurídico que atinge o patrimônio individual é mais importante que o bem jurídico que atinge a coletividade? Claro que não, pois tende-se a confeccionar obstáculos legais para o processamento pelo sistema das condutas praticadas por quem detém alguma forma de poder, portanto, não ficando assim tão vulnerável ao sistema penal.

Enfim, conforme observa Louk Hulsman e Jaqueline Celis,

de um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinquente se torna um homem honesto, ou pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o "criminoso".³⁴

Para compreender como se dá a criação legislativa é de fundamental importância o estudo das influências das políticas criminais, as quais em determinados momentos mais severas, noutros mais arrefecidas quanto ao impulso criminalizador.

³⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Pernas Perdidas*, p. 64.

1.2.2 Criminalização Secundária: a "Seletividade Qualitativa"

A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado. Como já foi visto no estudo das funções do sistema penal, a não criminalização é a regra. Serão alguns setores vulneráveis que responderão ao processo e receberão a pecha de criminoso, determinada através da sentença penal. Antes da sentença, porém, existem duas outras agências de poder, altamente discricionárias na seletividade de condutas consideradas negativas para a sociedade: a Polícia e o Ministério Público.

É interessante notar que cada agência de poder terá seu próprio discurso e forma de entender o fenômeno criminal. A Polícia, por estar diretamente responsável pela repressão dos delitos, portará um discurso de guerra ao mundo do crime. Será o policial que viverá numa ambígua condição de "herói-bandido" ou "bandido-herói". Além disso, há muito é sabido que a agência policial é a *longa manus* do Estado. Se autoritário este, ela é chamada para fazer o serviço sujo: a "faxina" como se diz na gíria policial. É o que diz Nilo Batista, ao ponderar sobre a Polícia, que

as elites que sempre governaram o país usaram-nos historicamente, enquanto funcionários do estado, para os serviços mais difíceis, mais brutais e brutalizantes, inclusive algumas vezes para serviços sujos; usaram-nos e mantiveram-nos bem longe de qualquer coisa importante; bons para a porta da garagem, porém sem nenhum acesso à sala de visitas.³⁵

O primeiro filtro de poder do sistema penal acontece aqui, pois, segundo Augusto Thompson existem crimes relatados na Polícia, mas nem registrados, tendo em vista que o policial entende que o fato não é importante para ser registrado, apesar de ser ilícito. Existem

³⁵ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*, p. 170-171.

crimes registrados mas não investigados; crimes investigados mas que não geram inquéritos; pois são "arquivados", prática não prevista no CP. No entanto, devido ao costume muitos casos relatados e investigados não seguem para o Ministério Público. Esta prática é conhecida como *acautelamento e arquivamento de sindicâncias*.

Verifica-se ocorrer, aqui, mais uma hipótese de transferência para a polícia do julgamento da causa, espécie de delegação manifestamente contrária a toda a sistemática de nossa legislação. E, até, com a atribuição de um poder mais discricionário ao delegado do que aquele conferido a promotores e juizes, uma vez que se dispensam maiores formalidades na citada solução, inclusive no relativo à motivação justificadora da medida. Reiteradas vezes, o despacho terminativo do feito restringe-se a um lacônico e imotivado "Acautele-se", de sorte que ao delegado se poupa o trabalho incômodo de armar uma convincente sustentação em amparo ao decidido, coisa a que estão obrigados os membros do Poder Judiciário quando exculpam alguém.³⁶

Nota-se que a agência policial tem a possibilidade de ser a instância de maior exercício de seletividade das condutas tidas como criminosas que, de antemão, são "julgadas" com base, principalmente, no "código ideológico", que será melhor explicitado adiante. Fora a violência real adotada e utilizada para aquilo que é chamado de "repressão à bandidagem" que, no mais das vezes, olvida fragorosamente os direitos fundamentais do ser humano, com a aplicação de sevícias, torturas e execução sumária.

O Ministério Público é outra agência responsável pela criminalização secundária. O seu perfil ideológico é o de defensor dos fracos e oprimidos que vivem na sociedade, o que o faz exercer o papel de acusador. Por causa disso, não é difícil, ao invés de encontrar promotores de justiça, existir vingadores públicos que denunciam tudo, principalmente as condutas perpetradas por aqueles setores da sociedade que são esperados que assim se conduzam. Fora isso, o Ministério Público também pode arquivar os inquéritos que considera

³⁶ THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos*, p. 12-13.

não existir neles a conduta típica, antijurídica e culpável, não podendo o Judiciário obrigá-lo a oferecer a denúncia. Augusto Thompson observa que na

manipulação dessa faixa de poder, como sempre acontece onde há poder em jogo, muitos casos serão resolvidos fora dos quadros abstrata e idealmente recomendados pela lei, influenciando-se as decisões por critério de outra natureza. (Relembre-se, a propósito, o famigerado episódio conhecido como "A Bomba do Riocentro".) Assim, são pedidos arquivamentos porque se busca aliviar a sobrecarga de serviço das Varas Criminais, ou porque o promotor discorda da criminalização de certos fatos, ou porque se apieda de alguns acusados, ou porque, naquele dia, se reconciliou com a namorada e deseja expressar sua satisfação por meio de uma atitude de magnanimidade, ou por mil outros motivos que nada têm a ver com a efetiva existência de um delito praticado por uma pessoa perfeitamente identificada.³⁷

Fora o que pode acontecer de abusos na capitulação penal que, segundo Márcia Arendt, "integra o espetáculo da lei penal e a sua pretensão de dissimular os seus fracassos como instrumento de tutela dos bens jurídicos".³⁸

Passado pelo segundo filtro realizado pela denúncia, chega-se o momento do ápice no sistema penal, isto é, aquele em que alguém poderá ser etiquetado como criminoso. A responsabilidade de atribuir o *status* de criminoso é da última agência de poder, ou seja, o judiciário que realizará, assim, a criminalização secundária. Será o magistrado que, através da instrução do processo, com a presença de outros atores como o advogado de defesa, as testemunhas de ambos os lados, peritos, documentos, decidirá se houve ou não o fato delituoso. Nem todos que chegarem aqui serão condenados. O julgamento será realizado mediante a aplicação de dois códigos: o "ideológico" e o "tecnológico".³⁹ O papel ideológico exercido por esta agência é o da neutralidade, a qual é uma grande falácia, pois a todo o

³⁷ *Idem*, p. 17.

³⁸ AREND, Márcia Aguiar. *Capitulação Penal*, p. 151.

³⁹ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 270-271.

momento, como será observado ao longo desta pesquisa, o juiz pode conduzir a busca da verdade material de acordo com a sua convicção pessoal.

Se ocorrer a condenação, aquele que estava sendo processado criminalmente assume a etiqueta oficial de criminoso. Se condenado à pena privativa de liberdade será encaminhado ao sistema prisional, cuja finalidade terapêutica é invocada no art. 1º da Lei nº 7210/84.⁴⁰ Isso é um grande engodo, como prova a literatura especializada sobre a ineficácia da pena de prisão.⁴¹ Francesco Carnelutti, com perspicácia, observa, sem rodeios, o que acontece com o criminalizado depois de sua passagem pelas agências de poder. Diz que

acontece para as pessoas, incluindo também os juristas, quando da condenação, alguma coisa de análogo àquilo que ocorre quando um homem morre: o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece de que o condenado é um sepultado vivo.⁴²

No mesmo sentido seguem Louk Hulsman e Jacqueline Celis ao ponderar que dentro do sistema penal

a condenação à prisão é, para o juiz, um ato burocrático, uma ordem escrita a ser executada por terceiros e que ele assina em alguns segundos. Quando o juiz vira a cabeça para entregar os autos ao escrivão, o condenado, que minutos antes estava diante de seus olhos, já foi levado e tirado de sua vista, passando-se então para o próximo.⁴³

⁴⁰ Conhecida como LEP: Lei de Execução Penal.

⁴¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*, 352 p.; FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, 277 p.; OLIVEIRA, Odete Maria. *Prisão: um paradoxo social*, 243 p.; THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*, 145 p.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*, p. 68.

⁴³ HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernart de. *Pernas Perdidas*, p. 77.

1.2.2.1 "Código Tecnológico"

O "código tecnológico" será utilizado pelos agentes do sistema penal visando legitimar a "seletividade qualitativa" que vai acontecer durante a filtragem daqueles que serão criminalizados. Basta lembrar que nem todos inqueritos vão chegar ao Ministério Público, nem todas as denúncias vão ao Poder Judiciário e, por fim, nem todas as sentenças serão condenatórias. Porém, quem foi selecionado faz parte da criminalidade visível e que possui características próprias que, em face de toda a construção garantidora da dogmática penal e da legislação, deverá estar em conformidade com essas.

Observa-se que existe um amplo espaço de discricionariedade para a decisão daquele que opera no sistema penal, sendo que todas as agências de poder que compõe este já fizeram julgamentos de cunho ideológico. Aquele que está chegando ao judiciário vai sofrer o último julgamento. O magistrado analisará o caso de acordo com suas convicções pessoais sobre o fenômeno criminal. A partir daí, como já se sabe nos bastidores dos fóruns, já está praticamente concluída a condenação. Às vezes até mesmo já no interrogatório.⁴⁴

Contudo, a sentença penal não poderia expressar a convicção de foro íntimo do julgador, suas angústias, medos, frustrações, raivas, entre outras coisas. Ela teria que apresentar fundamentação técnica apta a respaldar a decisão condenatória ou não. Ai entra o "código tecnológico" que "opera nas decisões judiciais relativas à individualização (juízos de periculosidade, etc) e, sobretudo, nas decisões penitenciárias relativas à execução da pena (exame criminológico, progressão de regimes, etc) as instrumentalizando, seu "código ideológico" legitima a seleção e estigmatização que delas resultam.⁴⁵

⁴⁴Vale lembrar que o interrogatório inicia o processo penal, para depois vir a defesa prévia, a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, os peritos, as alegações finais de ambas as partes para, finalmente, ser prolatada a sentença penal.

⁴⁵ ANDRADE, V. R. P. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 270-271.

Para o julgador o "código tecnológico" é composto pela legislação e pela dogmática jurídica penal e processual penal. Através da primeira o julgador buscará fazer a subsunção do fato concreto à norma, sendo que para isto utiliza a interpretação do manancial legislativo mediante a explicitação da dogmática penal e processual penal, que serve como uma metalinguagem (2ª linguagem). Assim fazendo, a decisão prévia de cunho pessoal vai ser vestida com roupagem técnica, que garantirá a legitimidade científica da absolvição ou da condenação.

1.2.2.2 "Código Ideológico": *Second Code*

O "código ideológico" vem a ser o código social que está ligado as estruturas objetivas da sociedade, sendo que o mesmo orientará as ações subjetivas do intérprete, esteja ele consciente ou não disso. Basta notar que o sistema penal está assentado numa sociedade estratificada em classes, sendo que estas podem ser divididas pelo seu poder econômico, pelo seu gênero, entre outras estratificações. Assim, fica fácil entender os estereótipos que permeiam as decisões, bem como o senso comum da criminalidade que está respaldada na exclusão do diferente.

Por tudo isto, o julgador esperará clientes que contenham certo perfil. Este que é comum nas camadas sociais vulneráveis ao sistema penal. Alessandro Baratta lembra que pesquisas

empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, a individualização e à

mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juizes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores, o inverso ocorre com os indivíduos provenientes de estratos inferiores.⁴⁶

O "código ideológico", assim, orientará a decisão de acordo com a expectativa do operador jurídico sobre o fenômeno criminal e quem dele é regular cliente. Todas as informações e deformações trazidas do âmbito externo ao sistema penal, como aquelas oriundas da formação moral, religiosa, política, ética, entre outras, as quais estão vinculadas as estruturas objetivas que produzem uma seleção sexista, classista e, quanto a repressão na agência policial, de cor.

Assim, o julgador partirá destas convicções pessoais para o caso concreto, manipulando, conscientemente ou não, o material normativo e dogmático para concretizar o que em sua mente é justo para a sociedade, ou para sua família, ou então para si mesmo. É por isso, que não é difícil afirmar que o julgamento é mero exercício de querer condenar ou absolver segundo sua convicção pessoal. Se o magistrado, naquele dia da sentença está com espírito benevolente, tanto melhor para o réu; se está de mau humor, pior para o réu, principalmente se este faz parte da clientela esperada para transitar no sistema penal. O mais difícil será fundamentar a decisão na dogmática penal e processual penal, além do necessário embasamento legal; pois, caso contrário, a sentença será considerada arbitrária.

O "código ideológico" é composto pelos estereótipos e pelo senso comum (*every days Theories*). Os primeiros são "construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as

⁴⁶ BARATTIA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 177-178.

peessoas na sua atividade quotidiana, influenciando também a conduta dos juízes".⁴⁷ É o caso do estereótipo criado sobre a figura do estuprador e da vítima: o primeiro seria feio, violento e ávido em atacar vítimas incautas. A vítima, por sua vez, seria uma mulher indefesa e pudica. Conforme pesquisas empíricas, apenas 14% dos casos analisados foram os estupros praticados por desconhecidos, enquanto 54% deles foram realizados por parentes/conhecidos.⁴⁸ A pesquisa evidencia a dissonância entre a força dos estereótipos e a realidade, desconstruindo a falsa imagem criada do estuprador, alimentada pelo imaginário coletivo.

Já o senso comum sobre a criminalidade (*every days theories*) reproduz a ideologia da defesa social, separando a sociedade em honestos e desonestos, maus e bons, entre outras dicotomias que pode a mente humana construir com o intuito de justificar a desigualdade social.

Ora, fica claro que esta "seletividade qualitativa" só visa legitimar o sistema penal quanto às suas funções declaradas que jamais serão cumpridas, ou seja, a de combater a criminalidade, usando a repressividade para todos aqueles que atingirem um bem jurídico, principalmente se for da coletividade. Estas funções jamais serão cumpridas porque a lógica do sistema é a seletividade que atinge setores vulneráveis da camada social. Quando o processo já está nas mãos do julgador, o mesmo é oriundo de um processo de seleção anterior das outras agências, representando apenas ínfima parte do que de fato acontece na sociedade. Por isso as condutas socialmente negativas praticadas são a regra, sendo que não existem pessoas com tendência natural a delinquir. Existem sim, setores da sociedade que praticam condutas que são severamente reprimidas e outros setores que também as fazem, mas que possuem poucas chances de serem criminalizados, restando para estes delitos o lugar daqueles

⁴⁷ *Idem*, p. 269. Extraído da nota 16.

⁴⁸ PIMENTEL, Silvia, SCHRITZMEYER, Ana Lucia P., PANDJAIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou "cortesia"*. P. 189.

que trafegam na cifra oculta. Esta que é o lugar onde ficarão as condutas efetivamente praticadas mas não selecionadas pelo sistema penal.

Diariamente alguém é criminalizado e o sistema continua em pé cumprindo a sua função não prometida: reproduzir a desigualdade social e produzir a criminalidade visível, pois assim continuará sendo considerado imprescindível para a convivência das pessoas de boa fé: está com Vera Andrade, pois nesta altura do saber criminológico o sistema penal não passa de uma "ilusão de segurança jurídica" que sobrevive...

1.3 A DOGMÁTICA JURÍDICA

Escuta-se nos corredores das faculdades de Direito que o estudante dos cursos jurídicos nos primeiros anos não terá matéria jurídica, mas mera perfumaria. O Direito será aprendido a partir do momento que se começar a trabalhar com os códigos legais (civil, penal, etc.). O pior de tudo é que muitos professores instigam a perpetuação dessa forma equivocada de entender o ensino jurídico. Ora, está por demais sabido que o Direito não se reduz à lei.⁴⁹ O compromisso do operador jurídico é com a idéia de justiça, mesmo não se tendo um conceito pacífico dela. Também se escuta que uma coisa é ser teórico do Direito, outra é ser prático, este entendido como aquele que peleja no âmbito da Dogmática Jurídica. Ora, tudo isso é um grande mal entendido, perpetuado, principalmente, por aqueles que não compreendem que, no âmbito jurídico, a teoria embasa a prática.

⁴⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p.167-212; LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*, p. 7-15; MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 84-110; NEPOMOCENO PINTO, Alessandro. *O Social Frente ao Legal*, p. 463-482;

Em termos metafóricos, numa sala contendo uma mesa, o prático forense somente entenderá o significado daquela mesa, sem ter a visão total da sala, pois isto o levaria a despertar sua curiosidade para o estudo sistêmico do Direito e, diga-se de passagem, não é fácil. Todavia, quem possui o conhecimento do todo, sabe exatamente o porquê daquela mesa no ambiente, sua importância e, inclusive, percebe a necessidade de mudança nos móveis, inclusive até a sua supressão. Então, contextualizando a metáfora, a sala é a Dogmática Jurídica, sendo que a mesa é a própria lei.

Ao entender o posicionamento da Dogmática Jurídica devemos compreender, também metaforicamente, o posicionamento da ciência jurídica em relação às demais ciências. Imagine um bairro, onde existam vários prédios. Cada prédio é uma ciência específica. Um será o prédio das ciências naturais, como a Biologia. Outro das ciências físicas e assim por diante. As ciências jurídicas, tendo a Dogmática Jurídica angariado para si o *status* de ciência, como será visto adiante, possui um prédio próprio, com suas peculiaridades.

Este edifício foi construído, basicamente, sobre dois pilares que compõe a base do projeto da modernidade⁵⁰: o pilar da emancipação e o da regulação.⁵¹ No pilar da

⁵⁰ Modernidade é na acepção histórica de Idade Moderna, ou seja, todo o projeto que foi se consolidando em termos de Estado e sociedade, com a Revolução Francesa (1789). Todavia, o escorço já se fazia sentir no século XV, com o início do mercantilismo.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, p. 77. O autor, na mesma página citada, explica que o "**pilar da regulação** é constituído pelo *princípio do Estado*, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo *princípio do mercado*, dominante sobretudo na obra de Locke; e *princípio da comunidade*, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o **pilar de emancipação** é constituído por três lógicas da racionalidade: a *racionalidade estético-expressiva* da arte e da literatura; a *racionalidade moral-prática* da ética e do direito; e a *racionalidade cognitivo-instrumental* da ciência e da técnica. (...) Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A *racionalidade estético-expressiva* articula-se privilegiadamente com o *princípio da comunidade*, por que é nela que se condensam as idéias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A *racionalidade moral-prática* liga-se preferencialmente ao *princípio do Estado* na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a *racionalidade cognitivo-instrumental* tem uma correspondência específica com o *princípio do mercado*, não só porque nele se condensam as idéias

emancipação estão firmados os compromissos com a maximização da dignidade do ser humano, sendo que no pilar da regulação estão prescritos os instrumentos normativos definidos pelo Estado moderno para garantir a emancipação, admitindo, inclusive, a coerção quando se fizer necessária, já que o Estado possui o monopólio da violência física

Para se ter a visão de conjunto, entender a estrutura da construção, bem como seus fundamentos, é tarefa das disciplinas propedêuticas, como a Filosofia, a Sociologia, a História, a Ciência Política, entre outras. O estudo da base do mesmo necessita dos conhecimentos oferecidos pela Teoria do Direito. A viga mestra, por sua vez, é a Dogmática Jurídica. Mas o edifício é composto por várias repartições. Ora, conhecendo a viga mestra, se compreenderá facilmente os demais compartimentos. Assim, adentrar-se-á no estudo das várias dogmáticas parciais⁵² que compõe a Dogmática Jurídica. É bom lembrar que esta contextualização é para o seu discurso declarado, sendo, portanto, um sustentáculo simbólico.

Dá para verificar qual é a exata localização do estudo da Dogmática Jurídica, bem como de sua importância, o que leva a concluir o quanto ela é voltada para a teoria e a prática, tanto que é conhecida como ciência prática. Nela estará o conjunto de teorias e conceitos que permitiram interpretar a lei e, portanto, aplicar ao caso concreto a fórmula jurídica que buscará dar respostas para dirimir os conflitos trazidos a instância formal para serem resolvidos. Não dá para pensar o Código Penal, com seus artigos, sem a Teoria do Delito e a Teoria da Pena. Não dá para pensar o processo sem a Teoria da Prova.

Vera Andrade, ponderando sobre a auto-imagem da Dogmática Jurídica, ou seja, como esta é compreendida pelo senso comum dos juristas, afirma que

da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva" (grifo do autor).

⁵² São exemplos de dogmáticas: a penal, a administrativa; a civil; a trabalhista; a processual e outras tantas ramificações que possam vir a existir.

é identificada com a idéia de "Ciência do Direito" que tendo por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a "construção" de um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "interpretação" do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser "útil à vida", isto é, à aplicação do Direito.

⁵³

É bom lembrar que o paradigma dogmático foi concebido à sombra do Direito Privado, principalmente o Direito Civil. Por isso a tradição privativista é sentida nos diversos ramos do Direito Público.⁵⁴

⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *O Estatuto Teórico da Dogmática*: dilemas de um saber em busca de identidade epistemológica, p. 110.

⁵⁴ ANDRADE, V. R. P.. *Dogmática Jurídica*: esboço de sua configuração e identidade, p. 20. Esta obra é de fundamental importância para compreender como se consolidou a Dogmática Jurídica. Vera Andrade observa que a herança de "exegese" ou interpretação e a noção de "sistema" (ANDRADE, Vera. *Dogmática Jurídica*, p. 37) são tributárias, segundo Tércio Ferraz Jr. (*Função Social do Direito*, p. 3), de três grandes heranças jurídicas, a saber:

1ª) *Herança Jurisprudencial*: os conflitos eram resolvidos pela autoridade que, utilizava de prudência. É um saber de natureza ética, pois a análise do problema era feita busca o que era bom, justo e virtuoso, sendo que as prescrições valeriam para todos. O Direito, então, vai ser constituído através de uma programação decisória. Logo, ao invés de ser ciência contemplativa, a qual faz descrições, vai se ter ciência de prescrição e prognose "Desta forma, o Direito assumiu o perfil de um programa decisório onde eram formuladas as condições para uma decisão correta. É precisamente aí que surge o pensamento prudencial com suas regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão, etc." (ANDRADE, Vera. *Dogmática Jurídica*, p. 31).

2ª) *Herança Exegética*: com a Idade Média surge a figura dos glosadores. Estes buscavam interpretar os textos romanos, tidos como base do Direito, sem deturpar o seu espírito, nascendo daí a dogmaticidade, esta que é a "nota típica da teoria jurídica da idade média" que "não extingue o pensamento prudencial romano, mas redefine-o, dando lugar a uma combinação entre prudência e dogmática: a prudência se faz dogmática". (ANDRADE, V. *Dogmática Jurídica*, p. 33).

3ª) *Herança Sistemática*: com o Renascimento, o texto romano é substituído pela razão. O Jusnaturalismo grassa neste momento fundado no conjunto de premissas que teriam generalidade racional. Se existia antes uma "teoria preponderantemente da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e o pensamento jurídico". (ANDRADE, Vera. *Dogmática Jurídica*, p. 35).

Foram estas três heranças que formaram a idéia de ciência prática para o Direito, mas foi o Positivismo Jurídico que deu a Dogmática Jurídica o *status* de ciência. Não cabe aqui esmiuçar a epistemologia jurídica. Consulte mais sobre o Positivismo e Jusnaturalismo: LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*, p. 33-66; MAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 37-56. Sobre o positivismo jurídico: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica*: esboço e sua configuração histórica, p. 37-76.

No século XIX, como a mudança estrutural na sociedade, tendo em vista que o capitalismo já se consolidara, acontece a Revolução Industrial, que exigirá cada vez mais produção de coisas para o aumento do capital. No âmbito das ciências impera a idéia de que só será científico aquilo que possuir objeto verificável e método experimental. A dedução é substituída pela indução. As ciências sociais tentam se moldar tal como as premissas das ciências naturais. A ciência jurídica vai buscar eliminar todo o traço de subjetividade, inerente ao jusnaturalismo, a fim de ser ciência objetiva e verificável.

A cientificidade no Direito só se dará com a eliminação daquilo que não seja verificável objetivamente. Serão as normas positivas o objeto do Direito, o qual através do método lógico-formal vai construir um sistema de conceitos emanados da interpretação do material normativo que limitará os juízes a decidir de acordo com as

Sabendo disso, entende-se o porquê da Dogmática Jurídica no âmbito público estar defasada na possibilidade de dirimir conflitos e satisfazer aos novos anseios sociais, principalmente os trazidos pelos novos movimentos sociais, tais como o movimento dos sem-terra (MST), das mulheres, dos negros, ecológicos, entre outros.⁵⁵ Com razão observa Lenio Streck que o operador do Direito trabalha com um modelo

de cunho liberal-normativista-individualista, forjado para resolver/conflitos interindividuais, ou, como diria os manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício onde Caio é o agente e Tício, a vítima. Assim, se Caio (*sic*) invadir a propriedade de Tício (*sic*), ou caio (*sic*) furtar um botijão de gás ou automóvel de Tício (*sic*), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. No primeiro caso, é esbulho, passível de imediata reintegração de posse; no segundo, é furto. Nestes casos, pois, a Dogmática Jurídica coloca à disposição desse operador respostas rápidas (e seguras). Porém, quando Caio e milhares de pessoas sem terra ou sem teto invadem a propriedade de Tício, ou quando Caio participa de uma quebraadeira de Bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa Brastel, etc), os juristas só conseguem "pensar" o problema a partir da ótica liberal-individualista.⁵⁶

O modelo geral de Ciência Jurídica, apesar de ser oriundo do Direito Privado, disseminou-se em várias outras dogmáticas parciais, como a penal, por exemplo, vindo a

normas postas e referendadas por este sistema conceitual. Com muita razão, portanto, observa Luiz Fernando Coelho que os "modelos jurídicos não são abstrações, irrealidades, em que pese e se manifestem teoricamente, pois sempre existem enquanto referidos à experiência, como formas operacionais de realização dos valores predominantes em cada momento histórico". (COELHO, Luiz Fernando, *Teoria Crítica do Direito*, p. 206). Então, como já foi visto de sua consolidação, cada momento histórico permeará a construção deste arcabouço de conceitos com os valores predominantes no momento histórico, bem como das classes que exerceram influência sobre a formação da Ciência Jurídica, sendo o seu objetivo principal a manutenção da segurança jurídica. Sabedor disso resta perguntar a segurança de quem e para quem?

⁵⁵ Cf. NEPOMOCENO PINTO, Alessandro. *O Social Frente ao Legal: reflexões sobre o Direito no alvorecer do século XXI*, p. 463-486. Esta pesquisa versou sobre o tema "a lei, a justiça e os novos movimentos sociais" lançado pelo I Concurso Nacional de Monografias promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede em Brasília/DF, tendo como banca examinadora os nomes de Aristides Junqueira (ex-procurador geral da república), Fernando da Costa Tourinho Neto (desembargador federal); Josemar Dantas (jornalista da área jurídica do *Correio Brasiliense*) e Moreira Alves (Ministro do STF). O concurso foi realizado em 1996 e a pesquisa ficou classificada em primeiro lugar.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luis. *Tribunal do Juri: símbolos e rituais*, p. 41-42.

existir várias dogmáticas parciais com autonomia e especificidade em relação ao modelo geral.⁵⁷

A Dogmática Jurídica é tida como uma ciência prática, ou seja, útil à vida, tendo em vista as prescrições que a mesma faz através da interpretação do material normativo, realizado através do sistema de conceitos e teorias que possui em seu arcabouço tudo para resolver os conflitos que podem advir da vida em sociedade.

Outro aspecto importante a entender é que a dogmática não se confunde com o dogmatismo. Este é a atitude por parte de alguns operadores jurídicos em tomar como sagrada certa enunciação da dogmática. Ora, esta é permeada de formulações. Tomá-la como conteúdo é uma "atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia".⁵⁸

Logo, é necessário compreender que a própria dogmática é aberta à revisão e à crítica, não procedente os ataques ideológicos à mesma pela responsabilidade de sua distância entre o que é posto e o que acontece entre a teoria e a prática. Ora, a Dogmática Jurídica possui uma compreensão peculiar em relação às demais ciências, pois tem como objeto as normas postas (mundo do dever ser) que encerrará uma série de conceitos e prognoses que orientarão a tarefa judicial, buscando maximizar as decisões em rumo à igualdade, isto é, para casos iguais decisões iguais. Estas funções declaradas serão explicitadas no item abaixo.

⁵⁷ ANDRADE, V. P. *Dogmática Jurídica*: esboço de sua configuração e identidade, p. 20-21.

⁵⁸ ANDRADE, V.R.P. *Dogmática Jurídica*, p. 74.

1.3.1 As Funções da Dogmática Jurídica

Para que serve a dogmática? Ao responder esta pergunta, obrigatoriamente, estará se falando das funções declaradas. Só que, ao falar destas, não se poderá esquecer das funções não declaradas, isto é, aquelas que, tal como no sistema penal, não foram prometidas, porém será o que vai acontecer. Por estas razões, este "não prometido" também é chamado de funções latentes. Abaixo estão explicitadas as duas:

1.3.1.1 Funções Declaradas

Seguindo as ponderações de Vera Andrade,⁵⁹ basicamente são duas as funções da Dogmática Jurídica: a primeira é a função racionalizadora; a segunda é a função garantidora. Claro que para a autora ambas as funções estão umbilicalmente articuladas.

A **função racionalizadora** possui a dimensão técnica de orientar o intérprete da norma no momento da análise do caso concreto. Assim, terá a Dogmática a função de programar as decisões judiciais, garantindo a segurança jurídica, pois, para casos iguais haverá decisões iguais. A **função garantidora** imporá ao intérprete a exigência das garantias fundamentais do ser humano, conferindo "àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas".⁶⁰

Essas duas funções vêm ao encontro da identidade funcional que a Dogmática Jurídica persegue como "ciência prática", tendo em vista que ela quer ser uma *metaprogramação para o julgador (programação de 2º grau)* e, também, *metalinguagem*.⁶¹

⁵⁹ ANDRADE, Vera R. P. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 123.

⁶⁰ *Idem, Ibidem*.

⁶¹ ANDRADE, Vera R. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, p. 79.

Como *metaprogramação* a Dogmática Jurídica orientará a decisão dos operadores jurídicos. Assim, as decisões judiciais tornar-se-ão previsíveis e calculáveis, sendo o espaço de subjetivismo do juiz reduzido a escolher entre uma ou outra peculiaridade desta construção de conceitos e teorias. Fazendo assim, se alcançará a segurança jurídica, tendo em vista que a previsibilidade das decisões, e, por extensão, legitimidade científica, devido justamente a sua racionalidade decisória.

Como *metalinguagem* 2ª *linguagem* a Dogmática Jurídica servirá como instância comunicacional entre a lei, o julgador e o caso concreto. Logo, o julgador para legitimar cientificamente a sua atividade de enquadramento do fato concreto à lei, ao interpretar utilizará a dogmática para construir a fundamentação jurídica de tal ato.

1.3.1.2 Funções Não Declaradas

Também chamadas de funções latentes, trata-se daquilo que não foi prometido, mas de fato cumprido. Tendo em vista a sua aproximação com o juspositivismo, tratou-se a dogmática como uma ciência não valorativa e acrítica, a qual prescreveria determinadas "soluções" aos conflitos que valeriam para todos. De fato, tal não acontece, pois a sociedade é desigual e desigualmente são tratados os componentes desta ou, então, acontecerá de alguns serem "mais iguais" que os outros. Logo, a Dogmática Jurídica, ao erguer a bandeira da segurança jurídica, sem definir o que é isto e a que e para quem veio, escondendo-se sob o anto da neutralidade científica, racionaliza as decisões para conservar o *status quo* reprodutor da desigualdade social, *conditio sine qua non* da própria sociedade capitalista.

1.3.2 A Dogmática Penal

A Dogmática Penal é composta por um conjunto de teorias, como a do delito e a da pena, que norteará a decisão do julgador, com o fim de para casos iguais aplicar a mesma decisão. Toda a arquitetura jurídico-penal foi construída voltada para o fato, o qual é previsto em norma penal, sendo tal posição corolária do princípio da legalidade (não haverá crime se não existir previsão legal, nem pena sem prévia cominação). Tal princípio é pedra basilar de toda a construção desta Dogmática, sendo aporia do pensamento iluminista, que visava impor limites ao arbítrio estatal. Por isto, o Marquês de Beccaria, em 1764, vai asseverar "que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte desta sociedade pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da sociedade".⁶² Sobre a Dogmática Penal Vera Andrade pontuará que esta

após afirmar sua cientificidade e imparcialidade, a metaprogramação dogmática identifica o Direito Penal com uma legislação escrita, estrita unívoca, irretroativa, geral e imparcial e neutraliza a subjetividade do juiz, concebendo-o como um intérprete que decide também imparcialmente com base na lei penal (única fonte imediata) e no seu instrumental conceitual (código tecnológico).⁶³

Ao juiz caberá decidir as condutas ofensivas aos bens jurídicos tutelados pela lei penal, de acordo com a Dogmática Penal e Processual Penal, buscando prezar as garantias individuais e racionalmente aplicar aos casos iguais as mesmas soluções, já que fazendo isto a segurança jurídica estará preservada. Eugenio Raúl Zaffaroni e Jorge Pierangeli ponderam que o Direito Penal não deve ser entendido somente no sentido de proteção dos bens jurídicos

⁶² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 46.

⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 149.

(direitos) como forma de assegurar a coexistência entre os participantes da comunidade.

Observam que a

coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito. Não se trata de que a pena "retribua" nenhum mal com outro mal, e sim de que garanta os bens jurídicos sem lesar o sentimento de segurança jurídica da comunidade.⁶⁴

O problema é justamente cristalizar o que seja o sentimento de segurança jurídica da sociedade, tendo em vista, como já foi visto no capítulo anterior, que o sistema penal não atua de forma igualitária, mas seletiva. Selecionará para sua clientela aqueles vulneráveis ao processamento do sistema penal. Logo, a Dogmática Penal terá a função latente de legitimar cientificamente esta reprodução da desigualdade social, através do devido processo legal, sem se preocupar como se deu a chegada do processado até às agências de poder do controle penal. Criar-se-á o consenso de que a lei penal é aplicada para todos igualitariamente, sendo todos os bens também valorados da mesma forma; a pena terá fins punitivos, preventivos e terapêuticos; as garantias individuais inscritas na legislação serão respeitadas; o Direito Penal estará preocupado com o fato e não com o autor. Ocorrendo desse modo estará mantida a ilusão de segurança jurídica.

Acreditar-se-á que o julgador analisará objetivamente os casos concretos, evitando a parcialidade e, por consequência, a arbitrariedade da escolha em condenar ou absolver de acordo com o seu querer. Todavia, ao interpretar a norma, tendo em vista as ambigüidades, vaguezas e as próprias redefinições legais, o julgador pode fundamentar tecnicamente sua

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.95.

decisão como bem quiser e, assim, reproduzindo os estereótipos e o senso comum sobre a criminalidade.

Capítulo 2

TÉCNICA DO SISTEMA PENAL

2.1 INTERPRETAÇÃO, INTÉRPRETE E DOGMÁTICA JURÍDICA

2.2 A DOGMÁTICA PENAL

2.3 DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL

2.4 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

"Devemos minar a linguagem jurídica para aprender que o direito também é o espelho da irracionalidade humana. A Justiça também é o teatro do absurdo".

"(...) o professor deve ser um transgressor total do saber acadêmico. Para que serve um professor, se não pode destruir o saber institucionalizado?"

Luis Alberto Warat

(Extraído da obra do autor intitulada *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*, p. 49)

2 TÉCNICA DO SISTEMA PENAL

Este capítulo será dedicado ao estudo da roupagem técnica que é dada a decisão previamente tomada, para absolver ou condenar. A primeira é permeada com o código ideológico (*second code*) do julgador, conforme este foi desnudado no capítulo anterior. Agora resta demonstrar como acontece a legitimação técnico-científico da criminalização através da utilização da Dogmática Jurídica Penal e Processual Penal, manipulada para justificar a absolvição e a condenação.

2.1 INTERPRETAÇÃO, INTÉRPRETE E DOGMÁTICA JURÍDICA

No item acima foi dito que como "ciência prática" a dogmática serve como uma metalinguagem, isto é, uma espécie de código de comunicação utilizado para fazer a ponte entre a lei abstrata e o caso concreto. Quem é responsável por isso é o intérprete, que é componente das agências de poder do sistema penal.

Interpretar¹, neste momento, é tarefa de suma importância, pois acontecerá a concretização da norma do que antes era mero projeto. A Dogmática Jurídica foi arquitetada

¹ Sobre interpretação jurídica e suas consequências confira: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 272-284; BASTOS, João José Caldeira. *O Poder Judiciário e a Lei: a decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense*, p. 122- 185; BASTOS, João José Caldeira. *Introdução Crítica de Direito Penal*, p. 65-90; BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 10-50, WARAT,

como forma de coibir ao máximo a discricionariedade, pois assim evitará a subjetividade que poderá levar à arbitrariedade.²

A discricionariedade, ao contrário do Direito Administrativo que a aceita, é repudiada pelos penalistas, pois a interpretação deve ser restrita aos termos legais. Estas idéias já vieram da Escola Clássica, o que é facilmente compreensível, pois na primeira reforma penal o combate ao absolutismo era frontal. Por isso, Beccaria dirá que "nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores". Para a tarefa de interpretação legal o marquês aconselhará:

Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz foi coagido, ou quiser formular mesmo que só dois silogismos estará aberta a porta da incerteza.

Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. É como romper um dique à torrente das opiniões. (...) Cada homem tem o seu ponto de vista; o mesmo homem, em épocas diferentes tem pontos de vistas diferentes. O espírito da lei seria, portanto, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sobre, das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito flutuando do homem.³

Dá para perceber que é exatamente a incerteza quanto à motivação subjetiva da sentença que é buscado liquidar. No entanto, acreditar que o intérprete que só faz a exegese da lei está longe da discricionariedade e, por consequência, até da arbitrariedade, é ser por demais ingênuo. As teorias da criação judicial se fazem sentir⁴ no mundo jurídico.

Luiz Alberto. *Introdução Geral do Direito*, p. 13-122; WARAT, Luiz Alberto, *O Direito e sua Linguagem*, p. 103 p.

² Cf. ANDRADE, Vera R. P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 123.

³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 48-49.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 260. Ainda nesta página a autora observa que a "teoria do papel do juiz como criador do Direito há muito centraliza o interesse dos correntes antiformalistas e realistas da Jurisprudência. Nela se expressa a idéia de que a lei não pode assegurar por

Tendo a consciência disso, pode-se afirmar que o julgador, a todo o momento, vai fazer escolhas diante do caso concreto, analisando-o sob o seu prisma ético, moral, religioso, os estereótipos, o senso comum sobre a criminalidade (teoria de todos os dias), o tráfico de influências, enfim, tudo o que encerra o código ideológico (*second code*). Antes de fundamentar tecnicamente, o juiz já decidiu, conscientemente ou não, conforme o código ideológico, revestindo esta decisão com a roupagem técnica, pois, caso contrário, lançaria por terra o ideário da segurança jurídica, a qual tem que ser atendida "sob pena de ser a sentença considerada ilegal ou arbitrária. Assim, qualquer que seja a decisão do juiz, deve parecer estar contida de alguma forma na previsão do legislador ou, noutras palavras, deve apresentar-se como derivada da previsão legal".⁵

Imagine que o juiz resolveu absolver uma mulher que praticou a tentativa de furto de um vidro de antibiótico, que custa aproximadamente R\$9,00 (nove reais), pois seu filho está com processo infeccioso e o médico receitou aquele medicamento. Sem emprego, sem família, desesperada, foi na Farmácia e, no descuido do balconista, saiu correndo com a caixa de medicamento. Dado o alarme foi detida pela viatura que se encontrava perto. O delegado disse que furto é furto e encaminhou o inquérito. O promotor ofereceu a denúncia. O juiz, após o devido processo legal, intimamente não quer condená-la, pois acha um absurdo tanta gente vilipendiando o erário público e, ainda, fazendo pouco caso das autoridades constituídas. Além disso, também tem uma filha, e pondo-se no lugar da mãe, conclui que também faria a mesma coisa. Dialogando revoltado com este estado de coisas, que o levaria a condenar, chega na seguinte conclusão:

completo e com toda a clareza sua própria aplicação, dando margem à incidência de regras, princípios e atitudes subjetivas do intérprete quando então, e somente então, adquire seus precisos contornos".

⁵ BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 78

- Será que não foi melhor que no ato de desespero esta mãe tenha surrupiado o medicamento, do que, também num ato de desespero, para conseguir o dinheiro prostituísse o seu corpo para conseguir uns míseros trocados para comprar o remédio à filha, maculando sua honra? É claro que não vou condenar!

Com esta conclusão, que é de foro íntimo, o nosso julgador trilhará os seguintes passos.

1º passo: observará os requisitos legais para que sua sentença tenha legitimidade. Por isso, formalmente a construirá observando os parâmetros dispostos no art. 386, incisos I a VI do CPP;

2º passo: verificará se, através da Teoria do Delito, existe o fato típico, antijurídico e culpável.

A *tipicidade* é clara. Estão presentes a conduta, o resultado e o nexos causal. Houve a infração de tentativa de furto, capitulada no art. 155, caput c/c art. 14, II do CP. Passa a analisar a *antijuridicidade*. Parece que existe uma excludente de ilicitude, a qual é o estado de necessidade. Porém, esbarra na exigência de perigo atual para salvar o direito de terceiro. Calcula que não é de bom tom usar esta excludente, pois é facilmente implodida na sua argumentação. Fatalmente seria reformada a sentença. Acha melhor não utilizá-la. Passa para análise da *culpabilidade*. A consciência não está alterada e, ainda, poderia ser exigida conduta diversa da que foi praticada. Pensa indignado consigo mesmo: - *talvez para esta mãe se prostituir seria uma boa conduta!*

Ainda, verificando a Dogmática Penal, observa se existe os erros de tipo ou proibição. Não existe no caso, portanto o fato é típico, antijurídico e culpável. O magistrado não se dá por vencido e passa para a análise da Dogmática Processual Penal.

3º passo: a dogmática processual cuida dos procedimentos que deverão seguir os operadores do Direito para evitar arbitrariedades pessoais. Nota que tudo foi cumprido rigorosamente. Não há nenhuma nulidade processual. A autoria foi confessa, tendo em vista o flagrante delito. A materialidade está suficientemente comprovada. Por falta de provas não poderá absolver, conforme o art. 386, VI do CPP. O julgador novamente não se dá por vencido e vai buscar absolvição na principiologia penal.

4º passo: verificará que a Dogmática Jurídica penal recepcionou, não expressamente no texto legal, mas doutrinariamente, o princípio da insignificância, o qual está sendo utilizado por diversos tribunais. Não tem dúvida: aplica o aludido princípio, pois o dano ao bem foi de pouca monta. Acaba, portanto, absolvendo, mesmo existindo a possibilidade de aplicar a pena de multa para o caso, conforme art. 155, § 2º do CP. Todavia, sabe que a mulher perdendo a sua primariedade ficaria estigmatizada, pois, caso acontecesse outro processo, por mais esdrúxula que fosse a imputação, perderia várias prerrogativas processuais.

A lógica da fundamentação julgado será, portanto, esta:

Dogmática Penal ↔ Dogmática Processual Penal ↔ Princípios Jurídicos. :

Nota-se que condenar ou absolver é um mero exercício de querer, o que vai depender tanto da vontade quanto da ideologia do julgador. No mesmo sentido pondera Caldeira Bastos:

O intérprete, mesmo que não o saiba, tende a selecionar na lei os artigos, parágrafos, incisos e alíneas compatíveis com suas expectativas. Por sua vontade, em clima de liberdade política, chega a ponto de revogar a própria lei, ora escondendo o jogo (ficção jurídica), ora atinge abertamente, a título de "política criminal".⁶

⁶ BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*, p.191.

Além disso, o mesmo autor identificará na sentença a afetividade do julgador, devido aos valores que lá estão envolvidos. Explica o autor que

as circunstâncias do caso concreto, submetido a julgamento, arrastam consigo a decisão na medida em que atingem as emoções e sentimentos do juiz. A decisão é uma resposta afetiva, ainda que traduza, com exatidão, a vontade do legislador. O juiz, nesse caso, quase sempre considera justa, ou razoável, a solução preestabelecida. Pode ocorrer, inclusive, que não tenha opinião formada (donde a preferência pela solução do legislador) ou que se sinta impotente, dada sua formação profissional, ou a vigente situação política, para um gesto mais ousado. Em outros casos decide contra a lei, ora servindo-se da ficção, ora recorrendo a argumentos reveladores do voluntário afastamento.⁷

Observa-se, diante do que já foi explicitado, que o julgador decide com código ideológico e fundamenta com a codificação tecnológica, esta composta pela lei e Dogmática Jurídica. Com tudo isso, o importante é lembrar que o ato do julgar consiste em interpretar a lei, "implicando sempre na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo pelo emissor para o caso".⁸

A interpretação persuasiva é possível, visto que a lei utiliza a linguagem natural (não é uma linguagem precisa, talvez como seja a da matemática). Caldeira Bastos afirma que só poderia ser mesmo uma linguagem natural a utilizada pelo Direito, pois este "como técnica de controle social, só teria razão de ser se as respectivas regras fossem suscetíveis de compreensão pela maior parte das pessoas".⁹ Esta forma de linguagem, todavia, é passível de ambigüidade, vagezas e, por extensão, redefinições, as quais darão um caráter elástico aos

⁷ *Idem*, *O Poder Judiciário e a Lei: a decisão contra a Lei na jurisprudência penal catarinense*, p. 56.

⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, p. 33.

⁹ BASTOS, João José Caldeira. *O Poder Judiciário e a Lei*, p. 123.

termos inseridos na mesma que possibilitarão a morte ou a vida de quem está sendo processado.

Luis Alberto Warat avisa que a disciplina que se ocupa em estudar estas questões de denotação e conotação da linguagem é a Semiologia. A Semiologia Jurídica apresenta-se "como programa desmistificador das distintas práticas discursivas do direito e do saber que as legitima, como também visa a destruição de vários mitos organizadores do saber jurídico".¹⁰

Definir um termo é tentar dar um sentido, uma conotação ao mesmo através de um processo de classificação. Haverá termos que possibilitarão várias escolhas, podendo inclusive haver a aplicação de outros sentidos a eles. Aí acontece a redefinição a qual, segundo Warat, pode ser direta ou indireta.

2.1.1 Redefinições Diretas

A redefinição possibilita alterar o significado de um termo que antes não era assim considerado. As imprecisões na linguagem permitirão ao julgador, a seu bel-prazer, realizar esta operação de forma direta, sempre que a legislação apresentar termos caracterizados pela sua vagueza, ambigüidade, que permitem atribuição de vários significados.

É bom lembrar que os signos são os símbolos que carregam em si o significante e o significado. O significante é o veículo transportador do significado, o qual é o conteúdo do signo. O interessante é que um signo pode possuir vários significados. Por exemplo: o signo ideologia possui vários deles. Fica evidente que na interpretação dos termos legais haverá "zonas de luminosidade"¹¹ quanto à significação destes. Uma será clara: aí não existe dúvida.

¹⁰ WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua Linguagem*, p. 18.

¹¹ Termo cunhado por João José Caldeira Bastos em sua dissertação de mestrado intitulada *O Poder Judiciário e a Lei: a decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense*.

É isto e pronto. Outra será escura: sabe-se que isto jamais pode significar aquilo. Outra será cinzenta: pode ser tanto isto quanto aquilo.

Será na zona cinzenta encontrados os casos de vagueza e ambigüidade.

- a) *Vagueza*: a vagueza ocorre justamente quando não fica explícito no significante qual é o significado. É mais ou menos isto: pode ser qualquer coisa como pode ser coisa nenhuma. Exemplarmente podem ser citados os termos legais como "mulher honesta" (arts. 215, 216, 219 do CP), justificável confiança (art. 217 do CP), motivo fútil (art. 121 do CP)¹², "vadio" e "mendicância". Como será aferida a honestidade? O que é ser honesta? O que é ser vadio? Quanto tempo é necessário para ficar sem emprego para ser considerado como tal? Com a vagueza dos termos o julgador preencherá o significado de acordo com as suas convicções pessoais que manifestarão a tendência em criminalizar ou não a conduta daquela pessoa que está sendo processada.
- b) *Ambigüidade*: acontece quando um significante traz consigo vários significados. Aqui poderá acontecer do mesmo termo significar várias coisas ao mesmo tempo. Acontecendo isso, o intérprete escolherá entre um ou outro significado para se decidir sobre o caso concreto, criminalizando ou não a conduta da pessoa que foi selecionada pelo sistema penal. Aparecerá, por exemplo, em palavras que possuam uma acepção vulgar e outra técnica, como nos significantes calúnia e roubo. Numa significação vulgar a primeira pode significar uma mentira, a segunda qualquer subtração de um bem patrimonial. Só que as duas têm conceituação técnica definidas nos art. 140 e 157 do CP, respectivamente. No entanto, não é difícil observar decisões, para reforçar o posicionamento ideológico, utilizando de forma frouxa estes termos, como tantos outros.

¹² WARAT, Luiz. Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, p. 40.

2.1.2 Redefinições Indiretas

As redefinições indiretas acontecerão quando o intérprete utilizar o conjunto de argumentos retóricos para atribuir outro significado ao significante. Será realizada a desconstrução de um significado, que até então é aceito, no afã de molda-lo às motivações pessoais que estão presentes no ato de decidir. Um exemplo, apesar de esdrúxulo, é a venda de gato por lebre, usando a justificativa de que é a mesma coisa porque ambos possuem pêlos e não uivam. São argumentos de pura persuasão, os quais redefinirão os significados através dos seguintes procedimentos:¹³

- a) *Variáveis Axiológicas*: aqui serão utilizados os estereótipos na busca de mudar o significado de algum termo. Assim, no intuito de justificar determinada posição, busca-se um significado emotivo, mediante o deslocamento dos sentidos comumente presentes nas expressões. Um exemplo, apesar de ser uma excludente de ilicitude, é o estado de necessidade. O mesmo vai ser utilizado para despertar a solidariedade com o réu. É o caso do furto famélico, no qual o agente subtrai determinado bem para saciar as necessidades vitais. Houve o delito, porém há a justificativa da fome, cujo estereótipo é convincente.
- b) *Recurso às Teorias*: para justificar determinado posicionamento, procura-se nas teorias dogmáticas o significado do posicionamento assumido. Um exemplo é a questão do momento em que se inicia a execução do delito, sendo que esta é um assunto pertinente a Teoria do Delito. Quando iniciada a execução, e não consumado o delito, haverá a tentativa. Caso contrário, isto é, não iniciada a execução do crime, haverá apenas meros atos preparatórios.¹⁴ Como exemplo pode ser citado o momento

¹³ WARAT, Luiz Alberto. *Op. cit.*, p. 43-49.

¹⁴ O exemplo está no item 4.1.3.6 desta pesquisa que abordou a apelação criminal nº 27.044 do TJSC.

de consumação do delito de bigamia (art. 235 do CP). Será considerado delito quando forem apresentados no cartório os documentos, provavelmente falsificados, ou no momento da celebração do novo casamento? A doutrina dominante segue o último posicionamento.¹⁵

- c) *Adjetivação Desqualificadora*: os adjetivos servem para qualificar o substantivo. Para reforçar determinada posição assumida, utiliza-se do adjetivo para alterar os efeitos jurídicos do ato. Seria exemplo de alguém que praticou uma subtração sendo uma pessoa "inclinada" ao delito. Há outras expressões como maus antecedentes, perverso, odioso, raivoso, insociável, indisciplinado e tantas outras que povoam o vocabulário do mundo jurídico penal.
- d) *Análise Retórica dos Fatos*: ao analisar os fatos, o julgador vai adicionar nestes determinada carga valorativa, principalmente no âmbito da prova. Poderá o julgado não estar de acordo com as atitudes assumidas pelos participantes do processo. Para justificar sua decisão, vai dizer que empiricamente está provado, o que na verdade é mero argumento retórico. É o caso da honestidade da vítima de estupro que, conforme prova nos autos, não era boa coisa, pois ficava até altas horas da noite com homens provocando a sua libido por meio de trajes curtos. Na verdade o que está tutelado no delito de estupro é a liberdade sexual da mulher e não sua condição moral. Todavia, o julgamento será de cunho moral, principalmente se o réu foge do padrão estereotipado do estuprador. Outro exemplo, que é mera análise retórica, trata-se da presença do dolo eventual nos acidentes de trânsito. Tem-se decidido que a embriaguez e o excesso de velocidade são suficientes como prova da existência do consentimento à assunção do risco assumido. Nestas situações o que está em jogo é a tendência de punir, com

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol 1, tomo II, p. 3128.

maior ou menor rigor, certa conduta no trânsito que tenha provocado ojeriza ao julgador.

- e) *Alterações Sintáticas*: aqui residem as mudanças quanto ao valor dado a determinados termos que, para justificar uma decisão, serão alterados de acordo com a motivação ideológica do magistrado. Todavia, o próprio Código Penal permite a alteração sintática quanto aos bens jurídicos, tendo em vista que os mesmos foram colocados vinculados aos títulos. Será diferente o valor dado ao homicídio, cuja tutela é a vida; do latrocínio, pois este tem como bem jurídico o patrimônio. Apesar de ambos suprimirem a vida, somente o primeiro vai para o Tribunal do Júri. Os valores dado pelo intérprete de acordo com os bens jurídicos, ficarão evidenciados nesta pesquisa ilustrada com os julgados nos dois últimos capítulos.

Este item tratou de evidenciar a importância do juiz na hora da criminalização, demonstrando os mecanismos de redefinição dos termos legais. Afinal, a decisão é "canalizada e catalisada pela personalidade do intérprete, em todos os seus aspectos e circunstâncias: tempo de pesquisa, autores preferidos, inteligência, coragem, sensibilidade afetiva, preconceitos, liberdade de ação".¹⁶

2.2 A DOGMÁTICA PENAL

Nos itens anteriores foi visto que a Dogmática Jurídica é o cerne das demais dogmáticas parciais. A Dogmática Penal é uma delas, possuindo conceitos e teorias próprias para cumprir a sua função declarada de racionalizar o poder de punir do Estado e garantir os

¹⁶ BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*, p. 32.

direitos individuais em face ao processamento estatal. A Dogmática Processual Penal também terá as mesmas funções de racionalização e garantia.

A Dogmática Penal vai definir quais são os delitos e as penas aplicadas para os mesmos. A Dogmática Processual Penal, por sua vez, carregará em seu bojo os caminhos legais para processar aquele que fez o delito, cristalizando através da teoria das provas, o referendamento para a tipificação da conduta e a aplicação da pena. Ambas, portanto, necessitam da análise desta pesquisa nas devidas proporções que o espaço permite, para entender como será revestida tecnicamente uma decisão que já possa ter sido tomada por convicções de foro íntimo. Com a fundamentação técnica a sentença ganha legitimidade científica.¹⁷

A legitimidade científica se deve ao fato do Direito Penal e Processual Penal, arvorarem para si o *status* de cientificidade, tendo em vista que ambos estão assentados no paradigma dogmático. Logo, ambos são ciências normativas, tendo como objeto às normas e a tarefa metódica de construir um sistema de conceitos a partir da interpretação do material normativo.¹⁸

O julgador para a aludida decisão legitimada vai buscar no âmbito da Dogmática Penal o enquadramento da conduta praticada, desde que tenha ofendido algum bem jurídico tutelado pela norma penal, através das conceituações oferecidas pela Teoria do Delito. A respectiva pena será aplicada na perspectiva da Teoria da Coerção Penal.¹⁹ No entanto, para se ter a certeza jurídica de que a pessoa que está sendo processada foi a que cometeu o delito, utilizar-se-á da Dogmática Processual Penal que oferecerá a Teoria da Prova.

¹⁷ Como já foi explicitado anteriormente, estas assertivas são oriundas de Vera Andrade, sendo que a pesquisa está orientada por esta hipótese.

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 152.

¹⁹ Acepção oriunda de Raul Eugenio Zaffaroni e Jorge Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Também é conhecida como Teoria da Pena.

Será com estas arquiteturas conceituais que o julgador buscará "vestir" com a roupagem técnica a sua decisão prévia sobre o caso, tanto para condenar quanto para absolver. Dentro da função racionalizadora da dogmática ficariam poucos espaços para o intérprete construir, por sua conta e risco, determinado conceito. Só que, mesmo quando há precisão conceitual, o que poderá acontecer é a manipulação dos conceitos para justificar o teor da sentença. Luiz Alberto Warat explica que "o juiz decide um caso referindo-se às características do delito como a objetiva reconstrução do Direito Positivo, antes de realizar um puro raciocínio lógico, está persuadindo que sua decisão é a mais "lógica" e melhor. Portanto, apresenta sua decisão como isenta de toda a suspeita e de ingredientes irracionais ou arbitrários".²⁰ Por isso, abaixo será avaliada tanto a Teoria do Delito quanto à Teoria da Prova.

2.2.1 Teoria do Delito

A chamada Teoria do Delito é a parte da Dogmática Penal que visa explicar o que é o delito do ponto de vista jurídico, demonstrando quais são as características que deve ter qualquer delito.²¹ Sem o devido acordo semântico sobre o que poderia ser considerado delito cada julgador daria a sua concepção pessoal sobre ele.²²

²⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral do Direito*, vol. 1, p. 204.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 385.

²² Para saber mais sobre o assunto, confira: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 140-168; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, p. 163-379; CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*, p. 36-248; COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*, vol. 1, 182 p.; COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal: parte geral*, vol. 1, p. 44-115; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: parte geral*, p. 102-158; MARQUES, José Frederico. *Tratado do Direito Pena: da infração penal*, vol. II, p. 19-354; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol 1, p. 91-214; MUÑOS CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, 224 p.; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*, 96-210; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*, p. 17-145; REALE JR., Miguel. *Teoria do Delito*, 266 p.; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*, p. 235-556; WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, vol. 1, p. 169-229; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 245-281; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, 385-664;

Portanto, a referida teoria cumprirá uma "função racionalizadora", pois proporcionará previsibilidade às decisões. Também terá "função garantidora", visto que o intérprete seguirá os pressupostos desta teorização para decidir, a qual foi embasada em princípios básicos do Direito Penal, a saber:²³

- a) *princípio da responsabilidade pessoal*: este princípio exclui a responsabilidade das pessoas jurídicas e coletivas, bem como a responsabilização objetiva do autor;²⁴
- b) *princípio da responsabilidade pelo fato*: a responsabilidade penal será imputada àqueles fatos considerados típicos e antijurídicos, excluindo-se a valoração conforme a pessoa do autor;
- c) *princípio da culpabilidade*: só será aplicada a pena àqueles que tenham consciência de que a conduta perpetrada está contrária ao Direito, sendo, por consequência, exigível conduta diversa da praticada.

Baseados nestes princípios, a Teoria do Delito fornecerá um conceito analítico do crime que permitirá ao intérprete analisar o fato concreto para a subsunção à norma penal, desde que presentes as três categorias que o compõe, a saber: *tipicidade*; *antijuridicidade* e *culpabilidade*. O crime, neste conceito tripartite, será o fato típico, antijurídico e culpável.²⁵

²³ BARATTA, Alessandro. Processo penal y realidad em la imputación de la responsabilidad pNeal. La vida y el laboratorio del Derecho. Revista General de Derecho, Valencia, n, 531, p. 6663. dic. 1988. Apud: ANDRADE, Vera R. P.. *Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 155.

²⁴ A Constituição Federal brasileira proíbe a responsabilização penal objetiva, elevando a categoria de direito fundamental, conforme disposto no art. 5º, inciso XLV, que diz: "**nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da leis, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite valor do patrimônio transferido" (grifo nosso). A primeira parte refere-se a responsabilização penal, enquanto que o restante do inciso pontifica sobre a responsabilidade civil, esta sim que pode ser objetiva. Por isso, responsabilizar as pessoas jurídicas por crimes ambientais, apesar do legislador constitucional prever isto no art. 225 § 3º, ou nos crimes contra a ordem financeira e contra a economia popular, disposto no art. 173, § 5º, figura como uma clara afronta a este princípio básico do Direito Penal. Os doutrinadores pátrios comumente o denominam de princípio da culpabilidade. Cf.: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*, p. 183-200.

²⁵ Tal construção é tributária do sistema Lizst-Beling. O conceito jurídico de crime, em sua gênese, não era assim conhecido. Com a consolidação da Escola Clássica Criminal, no século XVIII, desenha-se um conceito

Eugenio Raúl Zaffaroni, vislumbrando a utilidade do conceito jurídico do delito, afirma que este "nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso".²⁶ Conclui que

os "delitos" seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, "Teoria do Delito" é somente o "nomenjuris" de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização.

Então, a criminalização secundária por parte da agência judicial vai ser realizada com esta verificação da presença dos requisitos que compõe o conceito tripartite de delito. Nilo Brum observa que primeiro o julgador tem de enfrentar a legalidade processual, depois passará a verificar a questão do mérito através da Teoria Dogmática do Delito, a qual está tão arraigada na mente dos penalistas que não se pode mais conceber o crime sem seu auxílio.²⁷

jurídico de delito baseado em dois aspectos: o material, que conterà a ação humana; e o moral, que possuirá a imputabilidade devido à responsabilidade moral, que será a culpabilidade hodiernamente. No entanto, este primeiro conceito jurídico contido no binômio fato-imputabilidade, deixava a desejar quanto a algumas condutas objetivamente ilícitas, porém justificáveis. Foi Jhering, que em 1867, conseguiu identificar na imputabilidade dois aspectos do delito: "a antijuridicidade (uma contrariedade da ação com as normas jurídicas) e a culpabilidade (uma censura a disposição anímica do agente)". (ANDRADE, Vera R. P.. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 130). Von Liszt vai fazer o traslado desta divisão para o Direito Penal, iniciando, então, a moderna construção sistemática do crime, a qual nasce na perspectiva analítica, sendo simples, clara e objetiva. Mas ainda faltava um elemento que vinculasse as valorações às normas penais, tendo em vista que o princípio da legalidade rege o Direito Penal. Então, foi Beling, em 1906, que formulou o conceito de "tipicidade como elemento categorial do crime e do tipo penal como seu necessário antecedente para aplicá-lo à ação punível e concluir que não pode haver crime sem tipo". (ANDRADE, V.R.P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 131). Fechado o círculo referencial, por isto é comum dizer que o conceito analítico do delito é oriundo de Beling-Liszt.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 247.

²⁷ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 79.

Tanto que nos subitens abaixo será realizada a composição de cada grau valorativo que a compõe.

2.2.1.1 A Tipicidade

Das três categorias, para Muñoz Conde, a tipicidade é a mais relevante jurídico-penalmente. Esta é a adequação perfeita do fato cometido à descrição disposta na lei penal. "Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente comum do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal".²⁸

Não se pretende aqui esgotar as teorias causalistas, finalistas, neokantistas, pois não alteraram o conceito tripartite. No causalismo os elementos subjetivos estão residindo na culpabilidade. Para os finalistas, toda ação envolve o estado anímico, levando os elementos subjetivos serem encontrados na tipicidade; o neokantismo vai ponderar que os valores permearam todas as categorias do conceito analítico, sendo a primeira crítica intradogmática ao sistema Lizst-Beling, o qual pontuava que a tipicidade e a antijuridicidade não era avalorativa.²⁹ Vera Andrade vai observar que

a polêmica entre causalismo e finalismo, na qual veio a se polarizar o sistema dogmático, pode ser situada como uma terceira grande polêmica no universo do saber penal que, guardadas as especificidades, substitui a originária luta entre classicismo e positivismo e, a seguir, entre Dogmática e Criminologia constituindo a nota mais chamativa do último pós-guerra.³⁰

²⁸ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 41.

²⁹ Cf. ANDRADE, V.R. P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, p. 142-167; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 397-406.

³⁰ *Idem*, p. 153.

A funcionalidade da Teoria do Delito ficará inalterada, figurando a discussão de onde estão situados os elementos subjetivos no conceito analítico do crime, que não passam de mero exercício de desvio da percepção da real operacionalidade discriminatória que existe no sistema penal, tendo em vista que a discussão fica no âmbito intradogmático, semelhante a uma guerra civil feita entre juristas e para juristas.³¹

Para o fato ser considerado típico, ou seja, existir, a tipicidade, que é a perfeita adequação da norma ao fato, haverão de estar presentes os seguintes elementos: a conduta, o nexo causal e o resultado.

2.2.1.1.1 *Conduta*: a conduta conterà em si mais dois elementos caracterizadores, em que o julgador deverá notar se estão presentes. Os quais são:

a) Elementos Objetivos

1) São encontrados nos verbos que cada tipo penal possui, sendo, portanto, a ação ou a omissão. A ação consiste na externalização de um querer fazer para atingir determinado fim. A omissão, ao contrário, "reduz-se a um *nihil facere* (nada fazer) ou a um *aliud agere* (agir diversamente), desde que não seja executado *quod debetur* (aquilo que deve ser feito)".³²

b) Elementos Subjetivos

Toda ação é acompanhada pela vontade. O estado anímico pode ter presente o dolo ou a culpa, elementos que caracteriza o crime doloso, ou então, o crime culposos.

O *dolo* vem a ser a intenção de querer o resultado. Pode ser dividido em direto ou indireto. O dolo direto acontece quando a conduta atinge o resultado esperado pelo agente. O

³¹ Vera Andrade utiliza esta figura.

³² COSTA JR., Paulo José da Costa. *Curso de Direito Penal*: parte geral, vol 1, p. 45.

dolo indireto pode ser alternativo ou eventual. Existirá o dolo alternativo quando o sujeito ativo quer qualquer dos resultados que sua conduta possa provocar. Acontece, por exemplo, quando o agente atira em alguém para atingi-lo, não importando se vai apenas feri-lo ou matá-lo. O dolo eventual estará presente quando o sujeito ativo prever o resultado mas, apesar de tudo, atua sem se importar com suas consequências. Um exemplo seria o caso daqueles que brincam de roleta russa em alguém, mirando o revólver com uma bala no tambor. Mesmo sabendo que pode atingir, assume o risco da produção do resultado.

A *culpa* pode ser inconsciente ou consciente. A culpa inconsciente será quando o agente deveria prever o resultado, mas por sua negligência, imperícia ou imprudência acaba provocando-o. A culpa consciente será aquele em que o agente prevê o resultado, mas jamais assume o risco de provocá-lo.³³

c) Elementos Normativos

Além dos elementos objetivos e subjetivos, o tipo penal pode conter termos vagos que necessitarão da valoração de cunho ético-social por parte do intérprete, os quais variarão abertamente de julgador para julgador. São expressões como "sem justa causa" (arts. 153 e 154 do CP); "indevidamente" (arts. 151 e 319 do CP); "pretensão embora legítima" (art. 345 do CP).³⁴

2.2.1.1.2 *Resultado*: é a alteração do *status quo* do bem jurídico tutelado pela norma penal. Este elemento é importante pelo fato dele determinar se o crime foi consumado ou tentado. Consumado estará, por exemplo, um homicídio, quando houve a supressão da

³³ Nos casos analisados no capítulo seguinte, foi escolhida a situação que justamente obriga o julgador a optar pelo dolo eventual ou a culpa consciente. Dará para notar o quanto é arbitrária tal escolha.

³⁴ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: parte geral, p. 118.

vida. O crime tentado é aquele que, por circunstâncias alheias à vontade do agente não acontece, desde que iniciada a execução (art. 14, II do CP).

Aqui será discutido do *iter criminis*, o crime impossível, a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e arrependimento posterior. Além disso, o julgador observará, neste momento de análise, se houve o flagrante preparado,³⁵ bem como o crime provocado, o que levará ambos os flagrantes a serem considerados atípicos.

Note que o julgador percorrerá todos esses caminhos, que podem levar à criminalização e à descriminalização, através da redefinição de termos, por exemplo, quando do recurso às teorias, sobre quando o crime é iniciado, tendo em vista que meros atos preparatórios não são tipificados.

2.2.1.1.3 *Nexo de Causalidade*: é o liame que liga a conduta com o resultado. Sem ele o fato se tornará atípico. Por isso, causas fortuitas e de força maior são atípicas. Aqui serão analisadas as concausas preexistentes, supervenientes e concomitantes.

Quanto à tipicidade, urge observar que o Direito Penal do fato se faz sentir, pois não será analisada a pessoa do autor, apesar do predomínio incontestado do Direito Penal do autor quando do ato de julgá-lo, tendo em vista a presença do código ideológico (*second code*).

2.2.1.2 A Antijuridicidade

Uma conduta pode ser típica, porém não antijurídica, ou seja, não contrariar ao ordenamento, já que está respaldada numa excludente de ilicitude. Logo, será ilícita toda

³⁵ O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) na súmula 145 reconheceu a atipicidade do flagrante preparado, aduzindo: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação".

conduta que contrariar ao ordenamento jurídico penal e, além disso, não ter nenhuma escusa legal. Fica expressa a contradição entre a ação realizada e as exigências do ordenamento jurídico. "O Direito Penal não cria a antijuridicidade, senão seleciona, por meio da tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos, geralmente os mais graves, cominando-os com uma pena".³⁶

Por isso, o juízo de desvalor da antijuridicidade é à busca da constatação negativa desta, ou seja, a verificação se ocorre ou não uma excludente de ilicitude. As excludentes previstas no art. 23 do CP são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

2.2.2.2.1 Legítima Defesa: acontece quando existe a agressão injusta de alguém sobre um direito, que pode ser próprio ou de terceiro, havendo perigo iminente de vir o mesmo a perecer ou ficar prejudicado. A defesa tem que ser somente a necessária para impedir ou repelir a agressão, não pode ter havido a provocação por parte de quem se defende. Ora, a indefinição já começa em determinar qual é o *quantum* para ser considerada a conduta moderada. E por aí afora.

2.2.1.2.2 Estado de Necessidade: vai suceder quando existe um conflito de direitos, sendo que somente um poderá sobreviver. Então, o ordenamento permite que um seja sacrificado. O perigo tem que ser atual e a situação de necessidade não pode ter sido provocado intencionalmente pelo autor da conduta típica. Além disso, o necessitado não pode ter o dever de ofício ou cargo de sacrificar-se. Claro que não existe justificativa legal para alguém perder a vida, visto que este é o bem de maior valor tutelado pelo ordenamento jurídico.

³⁶ MUÑOS CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 85.

Aqui estarão outros termos que provocam a redefinição do julgador, principalmente quando está em jogo o sentimento de solidariedade humana, podendo ser utilizado tal excludente com força retórica, criminalizando ou não. É o caso do furto famélico, objeto desta pesquisa no último capítulo.

2.2.1.2.3 *Estrito Cumprimento de Dever Legal*: aqui o agente terá sua conduta justificada deste que a ordem seja legal. Por exemplo: existe a excludente para o "policial que, em perseguição a delinqüente fuga, atira contra a sua perna para obstar aquele, ao receber ordem, nesse sentido, da autoridade hierarquicamente superior (TACRIM-SP - AC - Rel. Mattos Faria, RT 402/276)".³⁷ Não existirá a excludente quando "o policial que, a título de fazer averiguação atira na vítima pelas costas quando esta, temerosa de uma possível detenção, afastava-se a correr. (TJSC - AC - José Eduardo Grandi Ribeiro - RT 644/311 e ETJE 63/650)".³⁸

Quando a ordem é manifestamente ilegal não há dúvidas, o problema vai residir em saber o limite que não excedeu ao cumprimento do que é legal. Aí entra a vontade do intérprete.

2.2.1.2.4 *Exercício Regular de Direito*: são situações em que o próprio ordenamento jurídico, no âmbito extrapenal, permite a prática de algumas condutas que normalmente seriam delituosas, as quais não serão sancionadas desde que perpetradas nos limites legais. São os casos de violência esportiva (boxe é um exemplo), usos de ofendículos (cacos de vidro no muro, cerca elétrica de baixa voltagem, etc). Uma das mais controvertidas hipóteses de exercício regular de direito, que por isto é um julgamento de cunho sexista, é o dever conjugal da cópula *intra matrimonium*, "pois é dever recíproco dos cônjuges e aquele

³⁷ FRANCO, Alberto Silva et alli. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, tomo 1, p. 337.

³⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 338.

que usa de força física contra o outro, a quem não socorre escusa razoável (v.g. moléstia, inclusive venérea, ou cópula contra a natureza), tem por si a excludente da criminalidade prevista no art. 19, III, do CP (atual 23, III), exercício regular de direito. (TAGB - AC - Rel. Luciano Belém - RT 461/444)".³⁹

2.2.1.3 A Culpabilidade

Nos primeiros dois graus valorativos o intérprete verificará o fato com o objetivo de saber se ele é típico e possui antijuricidade. É uma atividade exclusiva do operador jurídico. A culpabilidade é o último momento da avaliação da agência judicial do sistema penal para realizar a criminalização ou não, que deslocará sua atenção à pessoa do autor. Será verificada a consciência do sujeito, a qual, se inalterada, significará a possibilidade de aplicar a pena para reprovar a conduta perpetrada. É diretamente proporcional o *quantum* da pena em relação o estado de consciência. Quanto menor, menor será a reprovabilidade e, por consequência, a pena. Se não existir nenhum resquício da mesma, a pena não será aplicada. É o caso daqueles que praticam o delito devido a distúrbios mentais. Para estes será aplicada a medida de segurança. É aqui que, além do julgador, entraram outros técnicos do sistema penal, como, por exemplo, psicólogos e psiquiatras forenses, fornecendo os seus laudos periciais.

Zaffaroni vai ponderar que devido à seletividade do sistema penal, o estado de consciência exigido igualmente para todos, tal não pode ser devido às várias subculturas existentes na sociedade. Se num estado de miserabilidade, existente em alguns nichos societários, não se pode exigir uma mesma percepção das consequências dos atos em

³⁹ *Id.*, *Ib.*, p. 339.

sociedade, a qual é diretamente responsável pela situação vivida pelo criminalizado. Logo, ele vai afirmar a necessidade de existir a co-culpabilidade, que significa dividir as responsabilidades no momento de aplicar a lei penal, não sendo tão severa com aqueles que não tiveram outra forma de se conduzir devido à situação social que se encontravam no quadro societário. Por isso, Zaffaroni afirma que pouco importa qualificar a culpabilidade pela vulnerabilidade como de "autor", se o preferirem, não havendo obstáculo a que se aceite uma "culpabilidade de autor" que "restringa a culpabilidade de fato, que *seria sempre mais limitativa da violência penal deslegitimada que a versão tradicionalmente aceita pelo direito penal "liberal"* ".⁴⁰

Os elementos que compõe a culpabilidade são a imputabilidade, possibilidade do conhecimento da ilicitude do fato, exigibilidade da obediência ao Direito.⁴¹

2.2.1.3.1 *Imputabilidade*: quem determina a imputabilidade do agente, ou seja, a possibilidade deste vir a responder penalmente, é o legislador. No Brasil foi fixada a idade de 18 anos (art. 27 do CP), sendo compreendido que é a partir desta idade que alguém vai ter a formação do aparelho psicológico completada. Os menores de 18 anos que praticarem condutas delituosas responderão pela legislação especial que é a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ai estão previstas as medidas sócio-educativas que vão desde da advertência até a internação⁴² (a qual não deixa

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 280.

⁴¹ Foi seguida a sistematização de Cezar Roberto BITENCOURT. Todo os doutrinadores seguem esta sistematização, modificando em alguns os termos. Eugenio Raúl ZAFFARONI, por exemplo, quanto ao segundo elemento caracterizador da culpabilidade, em conhecimento da antijuridicidade.

⁴² As medidas sócio-educativas estão previstas do art. 115 ao 121 da L. 8.069/90, as quais são: advertência (art. 115); obrigação de reparar o dano (art. 116); prestação de serviços à comunidade (art. 117); liberdade assistida (art. 118); regime de semi-liberdade (art. 120); internação (art. 121). Logo, alegar que o menor ficará impune, caso cometa um delito, é um argumento retórico utilizado por aqueles que querem reduzir a menoridade penal. Ora, existe punição sim através da medida sócio-educativa, as quais estão ilegalmente sendo aplicadas, quando da internação em cadeias públicas. O círculo vicioso da reprodução do crime e produção do criminoso, começa por aí através da estigmatização daqueles que, desde a mais tenra idade, já foram selecionados pelo sistema penal.

de ser a privação da liberdade; os casos mais conhecidos são aqueles encaminhados a FEBEM ou congêneres).

O outro motivo que leva alguém a ser inimputável é a doença mental incompleta, circunstância que retira a capacidade do agente em compreender o caráter ilícito do ato, bem como a de se conduzir de acordo com a legalidade (art. 26 do CP). Aqui entrará o técnico que tratará da sanidade mental. É ele que determinará se o agente tinha ou não consciência do ato perpetrado. Caso seja constatada a inimputabilidade a pena não será aplicada. Para estas situações serão aplicadas as medidas de segurança cumpridas em manicômios judiciários. É interessante notar que a pena tem o limite máximo de 30 anos para o seu cumprimento (art. 75 do CP). A medida de segurança, por sua vez, não possui limite legal, pois a decisão de deixar o criminalizado em reclusão é por conta dos técnicos que realizarão periodicamente o laudo de sanidade mental, buscando verificar a periculosidade. Portanto, esta medida pode levar aquele que a cumpre a ficar recluso *ad infinitum*.

2.2.1.3.2 Possibilidade de Conhecimento da Ilícitude do Fato: aqui o agente tem que ter o conhecimento de que o ato que está sendo perpetrado é ilícito. A pena será aplicada na mesma medida da consciência sobre a ilicitude do ato.

Aqui serão verificadas as questões referentes à paixão, à emoção e à embriaguez (art. 28 do CP). O importante é ressaltar que a pena, em razão da consciência alterada, vai ser diminuída, porém sem a exclusão da culpabilidade. A embriaguez, que vai ser uma dirimente da culpabilidade, será apenas aquela oriunda de caso fortuito ou de força maior (art. 28, II, § 1.º do CP).

Outras causas que justificarão a exclusão da culpabilidade são os erros de proibição (art. 21 do CP). O erro é a falsa representação da realidade. Logo, o erro de

proibição existirá quando o agente tinha plena consciência de que o ato não poderia ser considerado ilícito. É o caso, por exemplo, em certas regiões do Brasil, em que se retirar menor de 18 anos da casa dos pais para casar é um ato por demais normal. Então, não haverá a culpabilidade.

O erro de tipo (art. 20) é verificado quando da tipicidade, mas também afeta a consciência, quanto aos elementos que compõe o tipo penal. Por exemplo: quem mata a pauladas, numa "pegadinha" promovida por algum programa de uma rede de televisão, alguém fantasiado de gorila, pensando realmente que o animal iria atacá-lo, perpetrou a morte contra o animal, em sua consciência não passou que era um homem. Logo, o art. 121 do CP protege a vida humana e não a de um animal. O que aconteceu, na mente do agente, foi a morte do gorila, e não da pessoa fantasiada, pois se o soubesse jamais teria cometido o ato.⁴³

2.2.1.3.3 Exigibilidade da conduta conforme o Direito: aqui será verificada da possibilidade do agente ter agido conforme o Direito. Neste momento o julgador avalia as questões atinentes à obediência hierárquica e à coação irresistível; esta que pode ser tanto moral quanto física (art. 22). A obediência hierárquica exigirá ordem legal e subordinação. Verificado que não havia ao sujeito ativo, outra forma de se conduzir, restará a exclusão da culpabilidade. O fato foi típico e antijurídico, porém não culpável.

2.3 A DOGMÁTICA JURÍDICA PROCESSUAL PENAL

Como visto acima, o julgador desfilará por todos estes elementos que compõe a Teoria do Delito, havendo a criminalização, necessitará o respaldo da Dogmática Processual

⁴³ A teoria do erro foi tratada brevemente nesta pesquisa, tendo em vista que ela não é o objeto central da mesma.

Penal. Ao contrário, o julgador notando, que o fato é típico, antijurídico e culpável, e no seu íntimo não querendo criminalizar o processado, buscará apoio para justificar a absolvição na Dogmática Processual Penal. Não encontrando aí, ainda buscará a justificativa nos princípios de Direito Penal. Este item será dedicado a demonstração de como a Dogmática Processual Penal será utilizada para legitimar a criminalização ou não do processado.

Enquanto que a Dogmática Penal, com sua Teoria do Delito, vai dizer o que é o crime, a Dogmática Processual Penal, por sua vez, vai buscar concretizar a tipificação através do cumprimento de vários requisitos formais, os quais se não forem realizados tomam impossível à incriminação. Ambas, pois, vão ter por finalidade legitimar a criminalização secundária daquele que foi processado pelas agências de poder que compõe o sistema penal.

Das teorias que compõem o processo penal, sem sombra de dúvida, a mais importante será a da prova.⁴⁴ Ora, sem prova não existirá a possibilidade de incriminar, pois se assim o fizesse seria um ato arbitrário que ofenderia toda a arquitetura montada para limitar o *jus puniendi* estatal.

Será através da prova que a autoria e a materialidade do delito serão cabalmente tornadas visíveis. No entanto, não significa que de fato foi o que ocorreu, pois na reconstrução dos fatos através do processo penal,⁴⁵ torna-se impossível fazê-lo, já que o operador jurídico,

⁴⁴ Para saber mais sobre a prova penal, confira: BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 66-79; BRUM, Nilo de Bairro de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 51-71; CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*, p. 61-83; CHIMENTI, Francesco. *O Processo Penal e a Verdade Material: Teoria da Prova*, 211p.; COELHO, Walter. *A Prova Indiciária em Matéria Criminal*, 160 p.; DEL MALATESTA, Nicola Framarino. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol 1, 332 p.; DEL MALATESTA, Nicola Framarino. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol 2, 373 P.; 332 p.; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 253-349; MALCHER, J. L. da Gama. *Manual de Processo Penal*, p. 332-362; MESSIAS, Irajá Pereira. *Da Prova Penal*, 503 p.; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, p. 265-472; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, p. 344-454.

⁴⁵ Afrânio da Silva Jardim vai conceituar o processo penal como sendo "o conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua admissibilidade pelo Juiz". (JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual Penal*, p. 27).

comparativamente, estará como a pintar uma tela, colocando matizes mais fortes, ou então fracas, de acordo com sua vontade e gênio criativo. Não tem como afastar tal subjetividade.

Mesmo sabendo disso, será através das várias formas de provas que restará comprovada a autoria do delito. Para tanto, serão utilizadas como provas a confissão, as testemunhas, etc. A materialidade do delito será realizada através dos laudos técnicos. É aqui que entram os técnicos e suas ciências para legitimar a condenação ou absolvição. A materialidade do delito num homicídio, por exemplo, é constatada com o laudo de exame cadavérico, realizado pelo legista. No delito de descaminho, será pelo laudo merceológico, emanado do perito da agência policial, e assim por diante.

2.3.1 Formas de Provas

Os processos penais buscam, às vezes, a qualquer custo, a autoria e materialidade do delito. Esta é vislumbrada através da prova que pode ser confissional, testemunhal, documental, pericial e, por fim, a indiciária.

As provas começarão a serem levantadas na fase policial, pois o processo penal é composto da fase policial e da fase judicial. Na primeira fase não há a necessidade do contraditório, pois é estritamente administrativa e inquisitorial. Todavia, a Constituição Federal respalda o contraditório em qualquer processo administrativo e judicial,⁴⁶ tendo em vista o princípio da ampla defesa e do contraditório. É de suma importância esta fase processual, pois será neste momento colhida a primeira impressão sobre o fato delituoso, juntados documentos, etc. Dependendo do tipo penal configurado, além de comumente praticado pelos setores vulneráveis da sociedade, acontece (não querendo aqui afirmar que

⁴⁶ Art. 5º, inc. LV da CF: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

seja regra geral) a confissão através de métodos ilegais, ou seja, através da tortura, apesar de que no Brasil tais condutas estão criminalizadas.⁴⁷ O que impera nas delegacias que tratam da criminalidade visível, isto é, voltadas para o patrimônio, liberdade individual e vida, é a ideologia da defesa social. As figuras estigmatizadas não terão seus direitos respaldados, pois a verdade é difícil de ser extraída "por bem". Por isso é imprescindível a presença do advogado nesta fase, já que este atuará preventivamente junto às agências do sistema penal, podendo inclusive verificar o *modus operandi* da formação das provas do caso concreto. Nem a própria legislação afere a presunção absoluta ao ato de confessar, pois o julgador deverá confrontá-la com as demais provas do processo, conforme dispõe o art. 197 do CPP.⁴⁸ Por isso Gama Malcher avisa quanto

a inutilidade da violência, muitas vezes exercida sobre os acusados para obter confissões, o que só pode revelar a prepotência, o arbítrio e a ignorância crassa de quem a pratica em nome do Poder, que não lhe pertence mas à Nação que busca sempre e constantemente realizar como Objetivo Permanente a Democracia e um Estado de Justiça Social, tendo o Homem, como princípio, meio e fim de suas aspirações e interesses.⁴⁹

Além disso, o silêncio do acusado não constituirá uma confissão, podendo sim ser tomado como elemento para o convencimento do juiz.⁵⁰ No entanto, infelizmente, na operacionalidade real do sistema para os segmentos sociais vulneráveis ao mesmo, acontece da confissão, obtida na fase policial, ser reproduzida na denúncia, sendo que a sentença penal,

⁴⁷ A tortura que consiste no constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça causando-lhe sofrimento físico ou mental, está prevista no art. 1 da Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997., cuja pena se resultar lesão corporal gravíssima varia de 4 a 10 anos, enquanto se ocasionar a morte será de 8 a 16 anos.

⁴⁸ Art. 197 do CPP: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância".

⁴⁹ MALCHER, J. L. da Gama. *Manual de Processo Penal*, p. 337.

⁵⁰ Art. 198 do CPP: "O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz".

por mais das vezes, reproduz o que está na denúncia, sendo que esta já repetiu o que estava no inquérito, fechando um círculo vicioso. Para uns as garantias dispostas no ordenamento jurídico, para outros a motivação realizada que vai além da lei.

A prova testemunhal, previstas nos arts. 202 a 225 do CPP, consiste na audição de pessoas que foram envolvidas pelo fato que está sendo processado pelo sistema penal. Estas devem relatar o que sabem nas agências de poder quando solicitadas; seja na fase policial ou na judicial. Aqui também pode ocorrer a manipulação dos depoimentos no sentido de justificar a condenação ou a absolvição. Basta dar maior ênfase às testemunhas da acusação, ou então, ao contrário. Enfim, pode-se ouvir o que quer ser ouvido ou pedir para dizer o que quer que seja dito. Irajá Messias pontua, referindo-se ao próprio depoente, que dada "a precariedade desta espécie de prova, posto que é um fato resultante de observação humana, e, portanto, falível, a prova testemunhal é qualificada como a"prostituta das provas"". ⁵¹ O pior acontece quando somente é tomada como prova suficiente à condenação os testemunhos isolados dos policiais. Maria Lúcia Karam diz que "já se torna longínquo o tempo em que a jurisprudência brasileira considera aquela perigosa tendência de ultrapassagem dos limites da legalidade e opunha reservas a palavra isolada de policiais, diretamente envolvidos na ocorrência, registrando-se, ao contrário, uma crescente supervalorização do testemunho de policiais, inclusive em detrimento de outros testemunhos". ⁵²

A prova pericial está prevista nos arts. 158 a 184 do CPP. Será através dela que participarão do sistema penal os outros técnicos não afeitos à área jurídica. São deles as justificativas técnicas trazidas pela contribuição de outras ciências, tais quais as médicas (exame de corpo delito); contábil (fraudes contra credores em processos falimentares; crimes

⁵¹ MESSIAS, Irajá. *Da Prova Penal*, p. 353.

⁵² KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes Penas e Fantasias*, p. 62.

contra a ordem tributária e financeira), entre outros que poderão ser oficiais do sistema penal, ou nomeados *ad hoc*, ou seja, somente para um caso específico. São eles que fornecerão as informações técnicas que envolvem não somente o resultado da conduta sobre o bem tutelado pela norma penal, bem como as circunstâncias que o envolvem. Observa-se que no próprio exame pericial, quanto aos seus resultados, pode haver contradições entre os peritos. São através delas que o julgador poderá buscar a absolvição ou a condenação do caso que está sendo por ele analisado.⁵³ O pior é quando acontece a conversa nos bastidores entre o julgador e o perito, buscando a "melhor" versão para os fatos. Deve-se lembrar que este procedimento não é legal.

A prova documental, prevista nos arts. 231 a 238 do CPP, será aquela oriunda de tudo aquilo que seve para registrar ou conservar informações, com característica de permanência, geralmente de forma escrita, para servir de demonstração de determinado fato. O documento tem como finalidade a certificação e a comunicação.

A prova indiciária é aquela oriunda de circunstâncias que podem levar o julgador a deduzir que foi aquele autor que praticou o delito. Todavia, não se tem certeza, visto que o

⁵³ A mais famosa divergência pericial deste final de milênio no Brasil foi patrocinada pela mídia quando do "homicídio seguido de suicídio" realizado por Suzana Marcolino da Silva contra o seu namorado Paulo César Farias (o PC), no dia 22 de junho de 1996, em Maceió, Estado de Alagoas. Foi realizada pela polícia técnica alagoana a autópsia, sendo que os legistas de lá constataram o a primeira versão. O primeiro que denunciou que a versão oficial era uma farsa foi George Sanguinetti, coronel da PM de Alagoas, diretor do hospital da corporação e chefe do Departamento de Medicina Legal da Universidade Federal deste Estado da Federação. Declarou que a cena do crime tinha sido montada. Para este legista, PC tinha sido assassinado de pé e depois deitado para parecer que foi alvejado dormindo. Suzana possuía ferimentos com características de ter o tiro sido oriundo de outra pessoa. A guerra de versão se instalou. Descobriu-se que o revólver Rossi calibre 38, registro W338.880, fora comprado pela Polícia Militar de Alagoas. Os quatro seguranças de PC, que trabalhavam naquele dia, eram policiais militares. Depois houve a perícia da polícia técnica baiana, contradizendo a versão alagoana. Mais tarde foi chamado o legista Badan Palhares, com sua equipe da UNICAMP (Universidade de Campinas) que veio a confirmar o homicídio seguido de suicídio. No ano de 2000, com as Comissões Permanentes de Inquérito para investigar o narcotráfico no Brasil, descobriu-se que o aludido legista da UNICAMP também vendia laudos. É bom lembrar que PC "morreu uma semana antes do depoimento que daria no Supremo Tribunal Federal junto com a ex-ministra da Economia, Zélia Cardoso de Mello, no processo que apurava possível tráfico de influência para beneficiar empresas de transporte durante o governo Collor". Cf. FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos Negros: PC Farias, Collor, máfias e a história que o Brasil não conheceu*, p. 247.

indício é um fato ligado a outro que leva ao juiz a quase convicção. Por causa disto, caso não se tenha a plena convicção, Irajá Messias assevera que ela "é a mais perigosa das provas e a história de erros judiciais clamorosos, mercê de julgamentos derivados dessa espécie de provas". Eliezer Rosa, por sua vez, observa que o indício

na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima da eleição da prova indiciária. Com os indícios, se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino e o processo.⁵⁴

Acima foram demonstradas as várias formas de provas que permitirão ao julgador firmar a sua convicção sobre o caso. Nota-se a ampla discricionariedade na escolha do material probante que legitimará a sua fundamentação técnico-jurídica na busca da clara demonstração do autor e da materialidade do delito. Com tudo o que foi exposto acima, dá para se ter idéia precisa da importância da prova para a Dogmática Processual Penal.

2.3.2 O Livre Convencimento do Juiz

É necessário buscar um conceito de prova penal porque, como observa Irajá Messias, esta é desiderato nuclear do processo.⁵⁵ Para este mesmo autor a prova penal é a

demonstração do conjunto de fatos e circunstâncias que convencem da ocorrência de um fato que interessa ao Direito Penal, no tocante à materialidade e à autoria, bem como da existência de causas que justifiquem a ação ou omissão, excluindo a

⁵⁴ ROSA, Eliezer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Apud: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Prova por Indícios no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80. In: MESSIAS, Irajá. *Da Prova Penal*, p. 472.

⁵⁵ MESSIAS, Irajá Pereira. *Da Prova Penal*, p. 42.

criminalidade ou incidindo na demonstração de maior ou menos intensidade de dolo ou culpa do agente, para a fixação da responsabilidade criminal.⁵⁶

Logo, o julgador vai buscar o convencimento da veracidade do alegado por ambas as partes, analisando estes conjuntos, fatos e circunstâncias, para confirmar a autoria e materialidade daquele que cometer o fato típico, antijurídico e culpável. Então, com as provas, o que está sendo buscada é a certeza que conduz a idéia de verdade sobre a situação. Não é à toa que Julián Marías afirma que o homem necessita saber a que se ater, sendo que

por isso o homem é forçado a escolher no repertório de *possibilidades* em que se encontra, e esta eleição tem que *se justificar*, não por alguma razão extrínseca, mas porque essa justificação mesma é o *motivo* real da eleição, aquilo que faz com que uma possibilidade concreta e não outra se realize em sua vida. Essa eleição, portanto, deve ser feita *em vista da situação* e por isso pertence essencialmente à vida humana um "saber-se a si própria", no sentido concreto de saber a que se ater".⁵⁷

O oposto do saber, continua o aludido autor, não é propriamente o ignorar, mas sim a incerteza. "Por isso, incerteza, equivale à desorientação ou perplexidade e é sempre uma *dúvida - dubium* - porque implica dualidade - pelo menos - de instâncias ou possibilidades, isto é, o não saber o que fazer".⁵⁸ Toda esta reflexão vale para as provas no processo penal que tem por fim buscar a certeza legal sobre o fato realizado e sua autoria.⁵⁹

Será através da análise delas que o julgador terá por fim reconstituir os fatos e se aproximar da verdade. Quando atingir a certeza sobre o ato perpetrado pelo agente, poderá

⁵⁶ *Idem*, p. 45.

⁵⁷ MARÍAS, Julián. *Introdução à Filosofia*, p. 102.

⁵⁸ *Idem*, p. 103.

⁵⁹ Na história do sistema de controle social pode-se verificar como foi sendo consolidado o sistema de provas no processo. Antes da primeira reforma penal as provas, para condenar ou absolver, poderiam ter um caráter taumatúrgico, isto é, que é realizada através das ordálias. Estas consentiam em verificar a inocência do acusado através da constatação do cumprimento de certa tarefa que, se cumprida ou não, por si só provava a verdade sobre o fato. Por exemplo, seria inocente aquele que conseguisse caminhar sobre brasas quentes e não se queimar, já que a divina providência protegia este ser casto. É típica prova do sistema inquisitorial. Com o advento do sistema acusatório, a prova coube ao acusador, o qual deveria seguir as disposições legislativas. Assim, surgem as provas legais, que serão livremente apreciadas pelo julgador para formar sua convicção, conforme preceitua o art. 157 do CPP

dizer o sim para condenar, de acordo com o que foi solicitado pelo Ministério Público, ou então dizer o não para absolver, como foi pedido pela defesa. Logo, o julgador sempre ficará entre o sim e o não à denúncia. É neste exato momento que o magistrado poderá, sem a devida comprovação material, mas apenas motivado pela sua intuição, deduções a partir de sua noção pessoal sobre o fenômeno criminal, estereótipos, sua ojeriza ou antipatia pelo autor, enfim, o *second code*, fazer a opção pela absolvição ou condenação. Por isso, Nilo Brum afirma que "a sistemática da prova oferece pouca viabilidade do controle racional da atividade valorativa dos juízes, já que na área penal, mais que na área cível, as possibilidades da manipulação da prova são quase ilimitadas, graças ao predomínio da livre convicção do juiz".⁶⁰

Isso acontece, segundo este autor,

em que pese a elaboradíssima teoria da relação processual, segundo a qual a verdade processual é extraída do exame das provas produzidas durante a instrução criminal, não há como negar que o fato *sub judice* é reconstruído discursivamente pelo juiz no momento de sentenciar e que essa reconstrução caracteriza-se pela **seleção, avaliação e interpretação do material probatório** que foi recolhido e acumulado ao longo de um complexo procedimento que começa com as primeiras atividades policiais pós-delito e termina com o encerramento da instrução criminal. Tomado como um todo, esse procedimento vai aparecer como predominantemente inquisitório e a prova, por sua vez, vai mostrar-se com toda sua heterogeneidade.⁶¹ (grifo nosso)

Será um sistema inquisitorial, pois se o processo é

uma sequência acumulativa de atos, é inevitável que se estabeleçam regras práticas para disciplinar essa sequência, destinando-se momentos determinados para a realização de atividades específicas. Contudo, isto não quer dizer que o juiz exerça atividade valorativa e decisória na fase de julgamento nem que a prova se já

⁶⁰ BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 51.

⁶¹ *Idem*, p. 76.

produzida apenas durante a fase da instrução criminal. Na fase de constituição do processo, por exemplo, o juiz tem de enfrentar questões processuais que implicam uma atividade valorativa. Quando decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, se homologa ou não o auto de prisão em flagrante, se decreta ou não a prisão preventiva, ou quando resolve os incidentes processuais, o juiz aprecia fato, valora comportamentos, em uma palavra: julga. (...) ⁶²

No mesmo sentido vai Augusto Thompson ao ponderar sobre a existência de duas dobras escondidas na construção dogmática, as quais forjarão uma justiça parcial e interessada. A primeira é a prerrogativa atribuída ao juiz para decidir conforme seu livre convencimento. A segunda é "a regra do *in dubio pro reo*, isto é, só pode condenar quando estiver absolutamente seguro a respeito da culpabilidade do acusado, pois, ocorrendo alguma hesitação, deve inclinar-se para a absolvição". ⁶³

Logo, o juiz estará julgando a todo o momento, buscando demonstrar que agiu com justeza, fundamentando a sua decisão através do que considera a melhor prova que trouxe a verossimilhança ao que de fato aconteceu. Buscará fundamentar todos os seus juízes com amparo na legalidade, coadunando-os com os valores aceitos em sociedade. Por fim, demonstrará que ele, o julgador, é neutro em todo o momento. ⁶⁴

2.3.3 *In dubio Pro Reo*

O julgador vai buscar a certeza para se convencer quanto à autoria e a materialidade do delito. Para tanto, usará das provas levantadas, as quais justificaram o seu posicionamento, para a absolvição ou para a condenação. Só que se existir a incerteza, existirá a impossibilidade de condenar devido os princípios garantidores da dúvida beneficiar o réu (*in dubio pro reo*). Isso decorre do motivo de produzir o Direito Penal a negação de direitos, pois

⁶² *Id.*, p. 52.

⁶³ THOMPSON, Augusto. *Quem são os Criminosos?*, p. 88.

⁶⁴ Nilo Brum dirá que estes são os requisitos retóricos da sentença penal. Cf. BRUM, N.B. *Op. cit.*, p. 72-84.

a prisão cerceará a liberdade; a pena de multa diminuirá o patrimônio; as penas restritivas de direitos restringirão parcialmente a autonomia daquele que for sentenciado para cumpri-la. Condenar alguém significa estigmatizá-lo com a pecha de criminoso, além do que a pena atinge toda a sua família e, até mesmo, chega a representar uma condenação à morte, bastando lembrar o alto índice de contaminação pelo vírus da AIDS, que pode ser contraída devido a um homossexualismo forçado pela vida intramuros.

A dúvida é respaldada pelo art. 386 do CPP, tanto ao fato quanto ao autor. O fato pode não constituir infração penal pela ausência de materialidade (art. 386, III do CPP), não existir prova de sua existência (art. 386, II do CPP), ou então, estar devidamente provada a sua inexistência (art. 386, II do CPP).

Quanto ao autor as provas podem ser insuficientes para a condenação (art. 386, VI). Aí reside uma vagueza do termo. Qual é a quantidade de provas para ser possível condenar alguém? O problema é que para alguns, devido à seletividade do sistema, vigora o *in dubio pro reo*, mas para outros setores sociais, vulneráveis à arbitrariedade, vale o famoso jargão dos bastidores do sistema: "em dúvida, pau no réu" e sem piedade!

Quanto à absolvição por falta de provas e suas consequências na vida do processado, Francesco Carnelutti, com mestria afirmará que

quando o juiz absolve por insuficiência de provas, não resolve nada: as coisas permanecem como antes. A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constituiu delito anula a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permanece. O processo não termina nunca. O acusado continua a ser acusado por toda a vida. Não é um escândalo também isto? Nada menos que uma confissão da impotência da justiça.⁶⁵

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*, p. 61.

A razão assiste o mestre italiano que percebeu o flagelo processual daquele que é inocente e foi colhido pela malha selecionadora do sistema penal, como, por outro lado, é extremamente benéfico àqueles que não são vulneráveis ao controle penal, pois praticaram o delito, mas, no entanto, devido a "dificuldade" de tal ser provado, absolve-se.

Logo, o julgador se quiser intimamente absolver alguém, se não conseguir com a Dogmática Penal, utilizará a Dogmática Processual Penal. No entanto, se restar plenamente configurada a autoria e a materialidade do delito, além do mesmo ser um fato típico, antijurídico e culpável, levará o julgador a buscar, se for o caso de absolvição, os princípios jurídicos penais, que serão objetos de estudo do item seguinte.

2.4 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

A Dogmática Jurídica carrega em seu bojo os princípios de direito. Os princípios, como a própria origem etimológica latina *principiu*, podem significar o começo, a origem de alguma coisa.

Além da acepção de início, o princípio no ordenamento jurídico pode representar o núcleo irradiador do sistema, como, por comparação seria o sol no sistema solar para os demais planetas. Assim, o princípio lançaria luzes para o julgador analisar o caso concreto em face da norma jurídica, sendo que a interpretação não poderia se afastar do princípio jurídico, pois este é o mandamento nuclear de todo o sistema jurídico. Também podem significar a base das normas jurídicas, podendo, inclusive, estar positivamente incorporados,

transformando-se em *normas-princípios*.⁶⁶ Mais adiante será visto que o Direito Penal possui princípios formalizados e outros não.

Ruy Espíndola observa que a Ciência Jurídica tem usado o termo *princípio* em três sentidos:⁶⁷

- a) Ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados sobre o Direito Positivo,
- b) Ora para designar determinado tipo de normas jurídicas;
- c) Ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas desvinculadas da ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Ressalta ainda que esta polissemia "não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias podem levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto".⁶⁸ Está com razão o autor, pois quanto maior as indefinições dos termos, estes passam a ser definidos pelo intérprete, cuja discricionariedade não será contemplada pelo limites conceituais, apesar de que mesmo existindo, poderá acontecer a redefinição dos termos.⁶⁹ Mas se com a definição dos termos jurídicos é ruim, sem ele seria muito pior.

São destacadas três funções para os princípios jurídicos, que Ruy Espíndola considera as mais relevantes:⁷⁰

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1984, v. 1, p. 41-42. In: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*, p.85.

⁶⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 49.

⁶⁸ Idem,

⁶⁹ Cf. o item 2.1 desta pesquisa.

⁷⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 67-68. O autor buscou na obra de Paulo BONAVIDES intitulada *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 2000, p. 254-255, tal classificação

- 1ª) *Função fundamentadora da ordem jurídica*: orienta a atividade legislativa, pois todas as normas aprovadas devem seguir os fundamentos estabelecidos pelos princípios, que são as pedras basais da construção do ordenamento jurídico;
- 2ª) *Função interpretativa*: servem como bússola para guiar o intérprete na hora de decidir a lide, principalmente quando acontece a nomorréia, isto é, o emaranhado de leis que o legislador aprovou olvidando a principiologia.
- 3ª) *Função supletiva*: aqui acontecerá o que está previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC),⁷¹ quando o princípio jurídico servirá para suprir o vácuo legislativo.

Feito o preâmbulo, dá para afirmar que a Ciência Penal possui seus próprios princípios, devido à especificidade do conteúdo que possui. Nesta pesquisa, para fins didáticos, os princípios penais podem ser classificados em formalizados e não formalizados.⁷²

2.4.1 Princípios Penais Formalizados

Existem vários princípios básicos de Direito Penal formalizado na legislação. Este espaço será dedicado aos considerados princípios fundamentais de Direito Penal que estão

de funções, sendo que este afirma que existem mais três: a função integrativa; a função diretiva e, por fim, a função limitativa.

⁷¹ Art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, conhecido como a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais de Direito**". (grifo nosso)

⁷² Vale a pena consultar sobre princípios jurídicos penais: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 61-105; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, p. p. 35-46; CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 77-100; DALBORA, José Luis Guzmán. *La Insignificancia: espedificación y redccción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, p. 41-82; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, SILVA JR, José et alli. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, p. 27-71; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*, p. 64-107; SANTOS, Lycurgo de Castro. *O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal*, p. 182-199; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 21-134.

positivados na Constituição Federal, a saber:⁷³ o princípio da legalidade; os princípios da culpabilidade; o princípio da humanidade da pena; o princípio da igualdade.

É bom ressaltar que são todos princípios considerados garantias individuais, pois é a ideologia liberal que permeia a todos.

2.4.1.1 Princípio da Legalidade

Ele foi imortalizado com a fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege* de Von Feuerbach (1775-1833), este que foi o máximo representante da Escola Clássica alemã no século XIX.⁷⁴ Este princípio é a pedra basilar do Direito Penal. Prescreve que ninguém poderá ser incriminado se não existir o tipo penal definidor da conduta convencionada como negativa à sociedade. Além disso, a pena também tem que estar previamente estabelecida dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico.

O princípio da legalidade desdobra-se em três categorias específicas:

1ª categoria - Princípio da Reserva Legal: quer dizer que as condutas criminosas só podem ser oriundas da lei penal, aprovada mediante o Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 22, I da CF.⁷⁵ Portanto, a criminalização primária somente se dará na esfera federal, sendo vedado aos Estados Federados e aos Municípios legislar sobre matéria criminal. Da mesma forma, por este princípio, não é permitido criminalizar condutas e sancioná-las através de medidas-provisórias, tendo em vista que estas apenas têm força de lei e, ainda por cima, são aprovadas pelo Poder Executivo, as quais poderão não ser aprovadas pelo

⁷³ Classificação extraída de Alberto Silva FRANCO, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, p. 31-40.

⁷⁴ SANTOS, Lycurgo de Castro. *O Princípio de Legalidade no Moderno Direito Penal*, p. 182.

⁷⁵ Art. 22, I da CF: "Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho". (grifo nosso)

Poder Legislativo. No prazo máximo de 30 dias após a publicação, correm a pena de perderem a eficácia, conforme o disposto no art. 62 da CF.⁷⁶ O princípio da reserva legal foi recepcionado na legislação penal brasileira no art. 5º, XXXIX da CF e art. 1º do CP.

2ª categoria - Princípio da Extratividade da "lex mitior": é a possibilidade da lei benéfica ser eficaz tanto sobre o futuro do criminalizado quanto ao seu passado. Também é conhecido como princípio da irretroatividade da lei severa ("*lex gravior*") e expresso no aforismo (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Por isso, ninguém pode ser processado por um crime que não possua tipificação na data dos fatos. Além disso, se norma penal for revogada ("*abolitio criminis*") os efeitos penais da sentença são interrompidos. Salo de Carvalho, inclusive, põe em cheque a constitucionalidade do art. 3º do CP, que prevê a possibilidade para as leis excepcionais e temporárias possuírem ultratividade, ou seja, depois de não mais existentes fazerem valer a sua eficácia.⁷⁷ Na legislação penal brasileira a recepção aconteceu no art. 5º, inciso XL da CF e no art. 2º do CP.

3ª categoria - Princípio da Previsibilidade Mínima: também é conhecido como princípio da taxatividade. Vislumbra a impossibilidade de serem criados tipos penais imprecisos, abertos, pois os mesmos apresentariam graves prejuízos às pessoas que seriam processadas pelo sistema penal, o que levaria ao ápice a discricionariedade do intérprete, pois, diante da vagueza dos termos legais, escolheria a seu bel prazer a melhor significação para a sentença absolutória ou condenatória. Decorre tal princípio do aforismo "*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*". Por isso, também é vedada a

⁷⁶ Art. 62 da CF: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. p. 86.

analogia *in malam partem*, isto é, aquela integração da lacuna penal visando suprir esta através da mesma decisão de outro caso que foi semelhante, porém não idêntico.

2.4.1.2 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade veda a responsabilização penal objetiva. Também é conhecido como o princípio da responsabilização pessoal. Quer dizer que responderá ao delito quem obrou por sua própria conta e risco. A pena não será aplicada a outro que não tenha praticado a conduta definida como criminosa, salvo os casos de co-autoria e participação (art. 29 e 30 do CP), pois nestes casos o co-autor ou o partícipe tem a plena consciência dos resultados dos atos perpetrados pelo autor do delito.

A pena será aplicada individualmente, não ultrapassando da pessoa condenada. Logo, não poderá atingir a família. Por exemplo, num acidente automobilístico ocasionado por menor que dirigia um automóvel que era do pai, este não poderá ser responsabilizado criminalmente pela morte ou lesões corporal que venha o seu filho cometer a alguém, quando da direção do veículo. Não quer dizer que este pai ficará isento da responsabilidade civil e administrativa, mas apenas só a penal porque não há "no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva".⁷⁸ Por isso, a criminalização da pessoa jurídica, quando da prática de crime ambientais, prevista no art. 3º da Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, afronta o aludido princípio.⁷⁹

⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 104.

⁷⁹ Art. 3º da L.9.605/98: "As pessoas jurídicas serão responsáveis administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade". É conhecida como Código Ambiental Brasileiro. A própria Constituição Federal deixou prevista a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Portanto, houve uma clara ofensa a um princípio basilar do Direito Penal que foi elevando a categoria de direito fundamental. Dentro da hierarquia axiológica das normas constitucionais a norma

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou este princípio como direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLV da CF.

2.4.1.3 Princípio da Humanidade da Pena

Cesare Beccaria já ponderava, ao demonstrar a sua contrariedade pela pena de morte, quando diz que não é a "intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela; pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, que por um abalo forte, mas passageiro".⁸⁰

O princípio da idéia de racionalizar o *jus puniendi* para que seja aplicada a pena proporcional ao delito, sem macular a dignidade daquele que foi sentenciado, mesmo pelo mais repugnante delito, pois, caso contrário, devolvendo na base do "talião" (olho por olho, dente por dente) seria o mesmo que se equiparar àquele que cometeu a conduta negativa. A sanção penal não deve ter caráter vingativo e punitivo, mas preventivo e terapêutico. Claro que este último, como função declarada da pena é mera falácia.⁸¹

O princípio foi recepcionado como integrante dos chamados direitos fundamentais da pessoa humana na Constituição Brasileira, tendo em vista a proibição da tortura e do tratamento cruel ou degradante (art. 5º, III) e na proibição da pena de morte, da pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII); de outro

princípio tem ascendência sobre as demais. É o caso do art. 225, § 3º (norma programática) em face ao art. 5º, XLV (norma-princípio), todos da Constituição Federal Brasileira.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 101.

⁸¹ A ressocialização é um signo vazio. A própria legislação consegue conceituá-la. Basta pensar sobre como é possível ressocializar alguém retirando-o da sociedade, e o excluindo para a prisão, que é o cemitério dos mortos vivos? Ângela de Quadros vai explicar muito bem isto em sua dissertação intitulada *A (in)Definição da Reabilitação Social do Condenado na Reforma Penal Brasileira*: "o olhar da magistratura sulista", 89 p., Vale a pena conferir o dia-a-dia de uma prisão nas crônicas dispostas na obra de Drauzio Varella, intitulada *Estação Carandiru*. Outra obra da literatura internacional interessante para entender o ser encarcerado é *Memória da Casa dos Mortos*, de Fiódor M. Dostoiévski. Uma obra da literatura nacional que merece ser lida é *Memórias do Cárcere*, de Graciliano Ramos.

lado, está refletido no processo individualizador da pena, na sua fase executória (art. 5º, XLVI), no asseguramento aos presos do respeito à integridade física ou moral (art. 5º, LXIX), no direito do preso de cumprir a pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, da idade e do sexo do apenado (art. 5º, XLVIII).⁸² Por isso, ressalta Alberto Silva Franco, que a Lei dos Crimes Hediondos,⁸³ quando retirou a possibilidade do sistema progressivo da pena aos tipos penais contidos naquela lei, ofendeu a este princípio, sendo que o legislador infraconstitucional não tem esta competência.⁸⁴

2.4.1.4 Princípio da Igualdade

A Revolução Francesa teve como lema a liberdade, igualdade e fraternidade, cores e cores, respectivamente, representadas pelo azul, branco e vermelho. O ideário iluminista vai estar presente também na obra de Beccaria, quando diz que as penas aplicáveis à nobreza "devem ser as mesmas para o primeiro e o último dos cidadãos. Toda distinção nas honrarias ou nas riquezas, para ser legítima supõe uma igualdade anterior fundada nas leis, que consideram todos os súditos igualmente dependentes delas".⁸⁵

Os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, pautados na ideologia liberal, vão assumir esta postura de ter a lei aplicável igualmente a todos, isto no âmbito formal. Claro que haverá pessoas desiguais, mas aí entra a idéia aristotélica de tratar desigualmente os desiguais na justa proporção de suas desigualdades. O princípio da igualdade é contrário o estabelecimento da lei de distinções entre as pessoas, mas veda, sim "as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação

⁸² FRANCO, Alberto Silva et alli. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 34.

⁸³ Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Regula o que denomina de crimes hediondos (art. 1º), dispondo no § 1º do art. 2º que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado".

⁸⁴ FRANCO, A. S., *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 87.

razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevante. Proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas".⁸⁶

Conforme visto no capítulo anterior, são funções declaradas do sistema penal tratar todos igualmente, claro que não cumpridas devido a real operacionalidade pautada na reprodução da desigualdade social. Todavia, não deixa de ser um princípio fundamental do Direito Penal formalizado, em nível constitucional, no art. 5º, *caput* da carta magna.

2.4.2 Princípios Penais Fundamentais Não Formalizados

Este subitem será dedicado a alguns princípios de Direito Penal que não estão formalizados (princípios positivados), mas são importantes para a tarefa de interpretação do julgador.

2.4.2.1 Princípio da Lesividade

Também conhecido como princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos. Consiste no entendimento de que somente haverá o delito se acontecer a lesão, ou o perigo concreto de vir acontecer, ao bem jurídico tutelado pela norma penal. É um princípio que visa evitar as criminalizações, principalmente primárias, daquelas condutas de mero perigo abstrato, crimes impossíveis, autolesões, ou então, quando da criminalização secundária, daquelas condutas que não tenham provocado danos ao bem jurídico.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 577.

Salo de Carvalho observa que existe uma clara ofensa a este princípio, devido a criminalização primária do usuário de drogas. O art. 16 da Lei nº 6.368/76 dispõe que serão crimes as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a substância entorpecente. Para usar, necessariamente, tem que praticar uma das condutas previstas, por isso representa uma criminalização por via oblíqua. O bem jurídico tutelado é a saúde pública. O usuário, na verdade, não está ofendendo a saúde pública, mas sim a própria. Condenar alguém pelo fato de ser usuário e um potencial narcotraficante, é decidir conforme o Direito Penal do autor e não do fato, figurando um explícito caso de perigo abstrato.⁸⁷ Logo, condenar o usuário de drogas neste artigo é como condenar alguém que atentou contra a própria vida, no caso da tentativa de suicídio, com a capitulação no art. 121 do CP.

2.4.2.2 Princípio da Insignificância

Este princípio é próprio do século XX. Todavia, a inspiração veio dos romanos que produziram a máxima "*mínima no curat praetor*".⁸⁸ Quis dizer tal aforismo que o pretor não estava preocupado com coisas poucas.

Claux Roxin, em artigo publicado em 1961, voltando a repeti-lo na sua obra intitulada *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, ponderou sobre o princípio da insignificância, pois, nesta época, na Alemanha, a discussão política criminal se fazia sentir, principalmente influenciada pelo movimento de defesa social, o que levou dez anos depois a substituição do centenário código penal alemão.⁸⁹

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*, p.90. Confira também: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 92-93.

⁸⁸ DALBORA, José Luiz Guzmán. *La Insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, p. 56.

⁸⁹ DALBORA, J.L.G. *Op. cit.*, p. 66.

O princípio da insignificância considera atípica a conduta que provoque uma lesão mínima no bem tutelado pelo normal penal. Logo, o delito vai exigir a tipicidade material e não só formal. Ora, crimes de bagatela, devido à gravidade da aplicação da pena, trariam muito mais custos do que benefícios, devido a drasticidade da intervenção estatal. Para Roxin o princípio da insignificância vai ser aplicado deste modo:

(...) Maus tratos não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas apenas um que seja relevante; analogamente, indecorosa, no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de uma certa importância; injuriosa, do ponto de vista delitivo, é tão somente a lesão grave à pretensão social de respeito. Como "força" deve ser considerado unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser "sensível" para passar o umbral da criminalidade.

Este princípio será aplicado aos crimes de bagatela, os quais não serão considerados típicos. A discricionariedade por parte do julgador estará em saber o que é mínimo em termos de lesão ao bem jurídico. Em vários julgados estará expresso que a mensuração desta lesão dependerá do autor que a praticou, conforme será possível observar na verificação empírica do último capítulo desta pesquisa.

2.4.2.3 Princípio da Adequação Social

No princípio da insignificância existe uma lesão mínima ao bem jurídico, o qual não será tolerável ao Direito se for a lesão em proporções maiores. Já o princípio da adequação social consiste em considerar determinadas condutas humanas aceitáveis, apesar da lei considerá-las criminosas, tendo em vista que a própria sociedade as tolera.

O entendimento deste princípio vem de Hans Welzel, que pondera que "o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa *relevância social*; caso contrário, não poderiam ser delitos".⁹⁰

Cezar Bitencourt prefere entendê-lo não como princípio que afasta a tipicidade ou então a própria antijuridicidade, mas sim "como princípio geral de interpretação". Diz que assim fazendo é possível chegar a resultados fascinantes, pois, por exemplo, no caso do "jogo do bicho", "pode-se afastar sua aplicação em relação ao apontador, por política criminal, mantendo-se a norma plenamente válida para punir o Banqueiro, cuja ação e resultados desvaliosos merecem censura jurídica".⁹¹ Certo é que, independentemente de ser um princípio de interpretação ou de exclusão da tipicidade, a adequação social está diretamente ligada aos costumes de um povo em determinado momento histórico, sendo proibida, devido o princípio da legalidade, somente a criação de novos tipos penais, mas não sua descriminalização.⁹²

Hoje no Brasil podem ser consideradas adequadas as condutas daqueles que praticam a sonegação dos tributos devidos a entrada de mercadoria permitida no Brasil, os quais a comercializam nos famosos "camelódromos". A própria sociedade não considera negativa a conduta daquele que praticou o delito de descaminho, previsto no art. 334 do CP, não devendo o Direito assim considerá-la, conforme explanada por muitas decisões que buscaram justificar a descriminalização deste delito praticado pelo sacoleiro do Paraguai. O último desta pesquisa vai se dedicar à análise destes casos pelos diversos tribunais brasileiros, sendo que o aludido princípio é utilizado conjuntamente com o princípio da insignificância.

Nos dois últimos capítulos será verificado, através da análise dos julgados, se o que até aqui alegado de fato acontece nos tribunais.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral, p. 43.

⁹¹ *Idem*, p. 45.

⁹² Também assim entende Nilo BATISTA. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 71.

SEGUNDA PARTE

PRÁTICA DO SISTEMA PENAL

Capítulo 3 OS CRIMES CONTRA VALORES NÃO CAPITALIZÁVEIS

Capítulo 4 OS CRIMES CONTRA VALORES CAPITALIZÁVEIS

Capítulo 3

OS CRIMES CONTRA VALORES NÃO CAPITALIZÁVEIS:

- 3.1 JUSTIFICANDO OS ACÓRDÃOS COMO FORMA DE ILUSTRAR A HIPÓTESE**
- 3.2 EXPLICITAÇÃO DO RECORTE FEITO NO OBJETO PESQUISADO**
- 3.3 HOMICÍDIOS EM ACIDENTES DE TRÂNSITO**
- 3.4 O ESTUPRO PRESUMIDO EM MENOR DE 14 ANOS**

"Os juízes marcham, algumas vezes para conclusões impiedosas, sob o incitamento de uma lógica inexorável, supondo que ela não lhes deixa outra alternativa. Eles deploram o rito sacrificatório. Executam-no, não obstante, com os olhos chelos de espanto, convencidos de que ao enterrar a faca estão obedecendo aos imperativos de sua função. A vítima é oferecida aos deuses da jurisprudência, sobre o altar da regularidade".

Benjamin N. Cardozo

(Extraído de sua obra intitulada *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, p. 154)

3 OS CRIMES CONTRA VALORES NÃO CAPITALIZÁVEIS

Os capítulos precedentes receberam as contribuições teóricas da Criminologia Crítica e da Dogmática Jurídica, tanto penal quanto processual penal, para justificar a hipótese da existência do *second code* na sentença, ou seja, as motivações que não aparecem, mas acontecem no ato de julgar alguém pelo fato de ter praticado a conduta determinada criminosa pela lei penal.

Pelo tema ser polêmico urge, além de alegar, demonstrar que de fato isso acontece nos tribunais. Para tanto, este capítulo visa ilustrar, com a devida escolha de alguns acórdãos, o que acontece no dia-a-dia forense.

3.1 JUSTIFICANDO OS ACÓRDÃOS COMO FORMA DE ILUSTRAR A HIPÓTESE

Inicialmente pensou-se em fazer a investigação nas varas criminais da própria capital, efetuando o recorte de dez anos nas decisões prolatadas em primeiro grau sobre um determinado delito. Concluiu-se que a pesquisa ganharia em peculiaridades, que defluem da leitura do processo, mas perderia na visão genérica da seleção judicial. Por esse motivo, optou-se pela análise de acórdãos. Com razão outras pesquisadores do Direito, que fizeram trajeto semelhante, ponderaram que os processos

são mais densos e de mais difícil acesso, revelando detalhes que os acórdãos, os quais sendo sucintos, omitem justamente por privilegiarem idéias-chave. Estes, também conhecidos como arestos, são como a "ponta do *iceberg*" do Poder Judiciário, em cuja base estão os processos.¹ Pode-se dizer que são o supra-sumo de toda a dinâmica do processamento penal, pois é neste momento que a criminalização ou descriminalização se dará de forma definitiva quanto ao mérito, ou seja, da análise do fato em face à norma penal.

Os acórdãos serão prolatados por uma turma composta, geralmente, por três juízes, os quais já passaram boa parte de suas carreiras jurídicas em varas criminais, tanto da Capital, quanto de cidades do interior do Estado. Atuando na instância de 2º grau passam a ser chamados de desembargadores.² Urge lembrar que este último significante não muda o significado de sua atuação no sistema penal, ou seja, são juízes. Quando é falado de juízo *ad quem*, com seus desembargadores, e juízo *ad quo*, com seus juízes que prolatam sentenças monocráticas, o que mudou entre ambos foi o grau de jurisdição. O que não mudará jamais entre eles é a condição principal de suas existências: são seres humanos, com vícios e virtudes, cuja atuação pode variar da razão à paixão, e vice-versa.

Sabendo que juízes e desembargadores não são deuses, mas sim homens, fatalmente acontecerá as valorações de cunho subjetivo sobre o fenômeno criminal, que

¹ PIMENTEL, Sílvia, SCHREZFMEYER, Ana Lúcia P., PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia?*, p. 183.

² Na sistemática processual brasileira existe o duplo grau de jurisdição: o primeiro grau será composto pelo juiz de Direito, o qual prolatará a sentença monocrática (poder de um, conforme sentido etimológico da palavra). Esta decisão poderá ser objeto dos vários recursos previstas no Código de Processo Penal (o mais conhecido é a apelação), o qual será analisado pelo segundo grau de jurisdição, representado pelos Tribunais de Justiça, os quais são formados por câmaras ocupadas pelos desembargadores. Cf. mais sobre o assunto: FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Processo Penal*, p. 767-878; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 713-873; NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 395-398.

levará este agente jurídico a portar-se em algumas ocasiões de forma branda, em outras de maneira severa, principalmente quando da existência de espaços de indeterminações, vagezas,³ ambigüidades,⁴ por parte da lei, o que amplia a discricionariedade na interpretação do magistrado. São nestes momentos que o *second code*, ou seja, o código ideológico⁵ estará presente. Este que é oriundo das estruturas objetivas da sociedade e leva o julgador a se portar, conscientemente ou não, de acordo com os estereótipos de criminoso e o senso comum sobre a criminalidade. Apesar de não vislumbrar a idéia do *second code*, o professor Caldeira Bastos já sabia que o julgador possuía um código pessoal, tanto que este autor afirmou que "as velhas e novas publicações de arestos mostram à sociedade que o profissional do direito parece carregar, para uso pessoal, um código penal exclusivo, escrito em caracteres indecifráveis".⁶ Márcia Arend também vai afirmar que, além do desprezo pelos demais saberes como Sociologia, Criminologia, Psicologia, prepondera, às vezes, "até o abandono da Dogmática Jurídica, abrindo-se o campo para gestão das impressões individuais com juízos de reprovabilidade condicionados aos códigos pessoais de interpretação dos fatos".⁷

3.2 EXPLICITAÇÃO DO RECORTE FEITO NO OBJETO PESQUISADO

Com a definição de que a pesquisa seria realizada sobre acórdãos e não mais com sentenças, ter-se-ia que executar a limitação quanto ao espaço, tempo e objeto a investigar.

³ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei*, vol. 1, p. 39-41.

⁴ *Ibidem*, p. 41-42.

⁵ Vide item 2.1.1 desta pesquisa.

⁶ BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*, p.30.

⁷ AREND, Márcia Aguiar. *Capitulação Penal: o poder (in) visível do Ministério Público*, p. 88.

3.2.1 Quanto à Limitação Espacial e Temporal

A limitação espacial, quanto aos crimes jurídicos de competência da justiça estadual, ficou restrita aos julgados do TJSC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina). A pesquisa foi facilitada pelo uso do CD-ROM produzido pelo referido Tribunal com o título "*Jurisprudência Catarinense: volume 2*", constando nele **22.664 arestos** publicados integralmente. Estes foram prolatados entre janeiro de 1990 a março de 1999. O programa *Folio Views*, no qual ele está baseado, permite "consultar, marcar e copiar, na totalidade ou em parte, os textos do interesse do pesquisador".⁸ Assim, a pesquisa ficou delimitada temporalmente ao período de 1990 a março de 1999.

Quanto aos crimes de competência da justiça federal, empreendeu-se a garimpagem de acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais, divididos em 5 Regiões, os quais foram publicados na seção de jurisprudência federal da Revista dos Tribunais (RT), no período de 1990 a 1999.

3.2.2 Quanto à Limitação do Objeto

A limitação ao objeto pesquisado foi feita vislumbrando bens jurídicos em que a criminalização é constante, outros nem tanto, mas cujas condutas praticadas podem provocar discussões de cunho dogmático, pois não são matérias pacíficas. São temas que proporcionam verdadeiras batalhas, cujas armas são a caneta e o papel, esgrimidas através de argumentos retóricos revestidos pela técnica jurídica, sendo que no mais das vezes esconde o julgamento de cunho ideológico. Os bens jurídicos

⁸ AREND, Márcia Aguiar. *Capitulação Penal: a poder (in)visível do Ministério Público*, p. 101. Esta pesquisadora também utilizou o aludido programa, só que o seu objeto de pesquisa foi o *habeas corpus*, no período de 1990 a 1997, julgados pelo TJSC, no afã de investigar a atuação do Ministério Público como agente criminalizador.

selecionados foram em número de quatro, a saber: vida; liberdade sexual; patrimônio; administração pública. Tal escolha será justificada adiante quando analisado cada bem jurídico relacionado.

3.2.3 Quanto ao Processamento das Informações

Foram selecionados **82 julgados**, o que representou a análise de aproximadamente 600 páginas. A leitura não estava restrita ao disposto no acórdão e facilmente visível à análise técnico-jurídica, mas sim no que não estava dito, porém fulcro para a decisão. Afinal, a hipótese versou sobre a existência do código ideológico.

O primeiro problema surgido foi o de como identificar o que não estava dito. A resposta surgiu da convivência forense, quando do acompanhamento de interrogatórios e audiências criminais, nas quais o juiz, conscientemente ou não, conduzia a sabatinação de acordo com suas conveniências, reforçando um ponto incriminador e olvidando um ponto descriminalizador, quando a tendência era a condenação. O contrário acontecia quando a tendência era absolver. Apesar de parecer o raciocínio um tanto simplista, este foi o caminho trilhado pela pesquisa. Então, se esta era a lógica desta fase processual, não seria outra quando da leitura dos autos em sede de revisão e, também, ao ato de julgar? Pressupondo que sim, buscou-se investigar as falas e os silêncios dos magistrados em suas decisões.

Para tanto, foi elaborado o *Controle da Dinâmica dos Processos nos Tribunais* (apêndice nº 1) que previu a coleta, para cada caso, dos seguintes dados:

A) Informações Administrativas

- Tipo Penal; número do processo, Tribunal;
- Espécie de recurso;
- Parte recorrente;
- Decisão da sentença monocrática;
- Câmara (TJSC) ou turma (TRFs) distribuída;
- Relator;
- Ano do julgamento;
- Data do delito;
- Duração do processamento no 1º grau e 2º grau;
- Tempo total do processamento;
- Penas no 1º grau e 2º grau.

B) Perfil dos Réus

- Idade no momento do delito;
- Situação conjugal;
- Filhos e quantia;
- Antecedentes e reincidência;
- Empregado ou desempregado;
- Tipo de emprego.

C) Perfil das Vítimas.

- Idade no momento do delito;
- Situação conjugal;
- Filhos;
- Relacionamento entre réu e vítima: parente, conhecidos ou desconhecidos;
- Situação econômica e social.

D) Especificação do Bem Jurídico Lesado.**E) Aspectos Destacados das Falas dos Operadores do Direito.**

Tendo este controle em mãos, feita a leitura dos julgados, com as devidas anotações, procedeu-se à análise destes agrupados pelos respectivos objetos investigados, possibilitando, inclusive, notar a diferença da decisão de acordo com o valor dado a cada bem jurídico ofendido, variando em função do autor do fato, quando a ofensa era o patrimônio; em função da honestidade da vítima, quando o bem ofendido era os costumes quando dos acidentes de trânsito, tanto do autor quanto da quantidade de vítimas ou intensidade da lesão.

A partir dos itens abaixo, será realizada a análise pontual do objeto desta pesquisa com a devida contextualização doutrinária.

3.3 HOMICÍDIOS EM ACIDENTES DE TRÂNSITO

Far-se-á, em primeiro lugar, a análise dos aspectos doutrinários da aplicação do dolo eventual, ou então, da culpa consciente, quanto às condutas que ofendem a vida humana. Em seguida, será realizada a análise da discussão encetada nos acórdãos selecionados do TJSC.

3.3.1 Quanto à Limitação do Objeto

O primeiro bem jurídico escolhido trata-se da vida quando esta é suprimida em acidente de trânsito. Foram colhidos acórdãos que trataram de homicídios em que foi discutida a existência do dolo eventual ou da culpa consciente na conduta do motorista homicida.

Este assunto foi selecionado como objeto de estudo justamente por ser um dos responsáveis pelo engrossamento das estatísticas criminais de homicídios, na imensa maioria culposos.

Para tanto, foi definido no *software* a pesquisa através de palavras-chaves, partindo-se do genérico para o particular, através dos seguintes passos:

1º passo: Palavra-chave: Homicídio;

Número de registros encontrados: 3.810.

2º passo: Palavra-chave: Acidente de Trânsito e Homicídio Culposos;

Número de registros encontrados: 432.

3º passo: Palavra-chave: Acidente de Trânsito, Dolo Eventual e Culpa Consciente;

Número de registros encontrados: 24.

Estes números fornecem uma boa possibilidade de especulação em termos de porcentagem. Se existiram 432 registros envolvendo homicídios culposos em acidentes de trânsito, isto representa 11,13% do montante dos registros dos homicídios em geral, conforme é facilmente visualizado no gráfico abaixo. (figura 1).

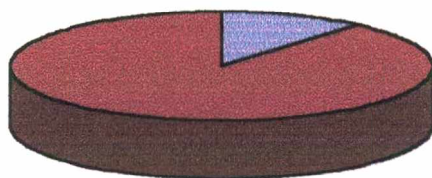
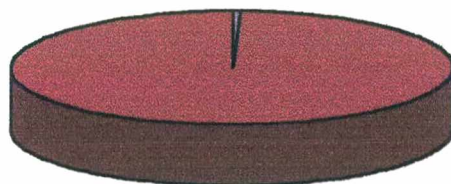


Figura 1 - Registros de Homicídio em Geral com os de Homicídios Culposos em Decorrente de Acidente de Trânsito

Havendo 432 registros envolvendo homicídio culposo em acidente de trânsito, e sendo encontrados 24 registros envolvendo a discussão da existência do dolo eventual, ou então, da culpa consciente em acidente de trânsito, isto evidencia que a pesquisa deste objeto ficou recortada na porcentagem de 0,63% referente ao total de homicídios em geral (figura 2).

Figura 2 - Homicídios Culposos em Trânsito E Aqueles que Envolveram a Discussão do Dolo Eventual



Tendo a consciência disso, não se pode querer demonstrar a construção da criminalidade de trânsito, mas tão somente ilustrar, com uma parcela fragmentada do cotidiano forense, a hipótese delineada nos capítulos anteriores, sem deixar de ser rigoroso com as informações oriundas dos acórdãos.

3.3.2 Aspectos Doutrinários

Na Teoria do Delito o dolo e a culpa são elementos subjetivos da conduta.⁹ A sua localização dar-se-á na tipicidade, se for seguida a teoria finalista da ação. Caso contrário, ambos estão na culpabilidade, caso seja seguida à teoria causal da ação.¹⁰

Os causalistas entendem que a colocação de dolo no tipo esvaziará a culpabilidade, trazendo problema prático, tendo em vista que investigando o dolo na fase inicial do processo (inquérito policial) colocará em risco os princípios do contraditório e da ampla defesa, "fundamentos do devido processo legal do Estado de Direito Democrático".¹¹ Para os finalistas, toda ação tem que vir acompanhada da intenção. Logo, os elementos subjetivos estarão integrados ao tipo.

⁹ Para entender mais sobre o assunto, confira: BASTOS JR., Edmundo José de. *Código Penal em Exemplos Práticos*: parte geral, p. 52-68; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral, p. 229-254; CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*, p. 80-96; COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*: parte geral, p. 81-88; FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*, p. 385-418; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, SILVA JR. José et.al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: parte geral, p. 273-306; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: parte geral, p. 117-120; JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, p. 55-68; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, p. 254-284; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral, p. 132-146; MUÑOS CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 55-61; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: introdução e parte geral, p. 136-149; PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*, p. 75-82; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 302-303; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 500-524.

¹⁰ A teoria causalista não se faz mais sentir como a principal no Direito contemporâneo. Todavia, no Brasil, existem vários adeptos como, por exemplo, José Frederico Marques; Paulo José da Costa Jr, Marcelo Fortes Barbosa. Já foi vista esta discussão no item 2.2.1.1 desta pesquisa.

¹¹ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Culpabilidade*: conceito e evolução, p. 379.

Vera Andrade observa que

a polêmica entre causalismo e finalismo, na qual veio a se polarizar o sistema dogmático, pode ser situado com uma terceira grande polêmica no universo do saber penal que, guardadas as especificidades, substitui a originária luta entre classicismo e positivismo e, a seguir entre Dogmática e Criminologia, constituindo a nota mais chamativa do último pós-guerra.¹²

Ressalte-se que seja seguindo a teoria causalista, ou então, a teoria finalista, o que aconteceu foi apenas a migração destes elementos subjetivos para a estrutura da tipicidade, não interferindo na conceituação nem do dolo e nem da culpa. Logo, foi realizada apenas uma reforma interna do conceito analítico do crime, permanecendo intacta a construção tripartite.

3.3.2.1 Dolo Eventual e Culpa Consciente

Para praticar um resultado, necessariamente, teria que se-lo querido. Todavia, por razões de política criminal, o dolo direto não seria conveniente para certas condutas tidas como extremamente danosas e debilmente reprimidas. Por isso, no começo do século XX, Frank elaborou a tese da existência, junto com o dolo direto, de um dolo eventual, baseado no consentimento pelo resultado. César Bitencourt afirma que Frank em sua *teoria positiva do conhecimento*, sintetiza o dolo eventual quando o agente diz a si próprio: *seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir*".¹³ Observa Muñoz Conde que não basta a mera representação de um provável

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 153.

¹³ BITECOURT, C.R., *Op. cit.*, p. 237.

resultado, mas é preciso que, além disso, segundo a fórmula de Frank diga: "ainda que fosse certa sua produção, atuaria".¹⁴

A culpa consciente surge como o anverso do dolo eventual, sendo uma maneira não explícita de ser uma opção benevolente em relação ao enquadramento no dolo eventual. A culpa consciente (a culpa deveria só ser inconsciente), surge para servir de divisa com o dolo eventual nos casos em que o agente, mesmo prevendo o resultado danoso, jamais assume o risco de provocá-lo. É pacífico afirmar que é uma linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente.

Para Zaffaroni e Pierangeli o terreno é movediço mais no campo processual do que penal, já que neste é rejeitada a *possibilidade da produção do resultado*. É no campo processual que existirá o problema da prova, pois "em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*".¹⁵

Dentro da visão de garantias dos direitos individuais em face do Estado, fatalmente a grande maioria dos processos julgados não poderá ter para as condutas processadas a aplicação do dolo eventual, tendo em vista que as provas angariadas fatalmente não serão suficientes.

¹⁴ MUÑOS CONDE, F. *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, p. 502.

3.3.2.2 Homicídio em Trânsito: Dolo ou Culpa? ¹⁶

Há muito que os acidentes de trânsito chamam a atenção da mídia. Não é à toa, já que, conforme Antonio Benedito do Nascimento, são aproximadamente 100 pessoas por dia que perdem a vida no trânsito.¹⁷ Grande parte das mortes ocorre devido a embriaguez e/ou excesso de velocidade. Fora os famosos rachas que na década de 90 do século passado, passaram a ser julgados pelos tribunais pátrios com rigorosidade.

Os homicídios devido a acidente de trânsito são tidos, em sua maioria, como culposos, ou seja, o sujeito ativo agiu com imprudência ou, no máximo, houve a culpa consciente. A pena para este tipo de delito, segundo o art. 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997,¹⁸ é de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Antes da referida lei, a conduta seria regulada pelo art. 121, § 3º do CP, cuja pena varia entre 1 e 3 anos.

Porém, se o agente criminalizador do sistema penal entender que houve o dolo eventual, e não a culpa consciente, nos casos em que a violência da lesão provoca indignação social ou mesmo pessoal, devido a irresponsabilidade à beira da infantilidade por parte do sujeito ativo, como no caso de rachas, o crime tenderá a ser enquadrado como doloso. Para estas situações a pena será aquela disposta no art. 121, *caput*, do CP (homicídio simples), variando de 6 a 12 anos. Por ser homicídio doloso o julgamento é de competência do Tribunal do Júri.

¹⁶ Para saber mais sobre o assunto, confira: BASTOS JR, Edmundo José. *Dolo Eventual, Culpa Consciente e Crimes de Trânsito*, p. 44-50; CALLEGARI, André Luís. *Dolo Eventual, Culpa Consciente e Acidentes de Trânsito*, p. 191-197; NASCIMENTO, Antonio Benedito, *Delitos de Trânsito: culpa consciente ou dolo eventual?*, p. 405-410; STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 153-157.

¹⁷ NASCIMENTO, Antonio Benedito. *Delitos de Trânsito: culpa consciente ou dolo eventual?*, p.408.

¹⁸ Lei conhecida como o Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Salta aos olhos o quanto é discricionária a escolha entre uma forma mais dura de reprimir a conduta e outra mais tênue. Tudo girará em torno das provas objetivas para perquirir a intenção do agente, tendo em vista que a nossa legislação não adotou a *teoria da representação* quanto ao dolo. Por isso Lenio Streck diz que o "dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente".¹⁹

André Luis Callegari observa que somente a prova contida nos autos demonstrará o elemento subjetivo do agente, "o que não leva a crer que a embriaguez e o número de vítimas determinem o elemento subjetivo".²⁰ Então, a *teoria da representação* é adotada quando é entendido que existe o dolo eventual na conduta do sujeito ativo que ingeriu bebida alcoólica, pois este "representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua admitindo ou não essa produção".²¹ Ressaltando a importância da "*teoria positiva do consentimento*" de Frank, Antonio do Nascimento defenderá que os delegados, promotores e juízes a utilize diante do caso em concreto para avaliar quando se trata ou não de ação informada pelo dolo eventual. Ele afirma, com convicção, que são hipóteses bem sintomáticas de dolo eventual "os acidentes provocados pelo excesso de velocidade aliado à embriaguez, aqueles oriundos do denominados "rachas".²² Diante dessa posição, nos casos de "racha", José de Bastos Jr. indaga o seguinte: se houvesse, previamente, anuído em tal evento, teria, necessariamente, consentido de antemão na eventual eliminação das próprias vidas, o

¹⁹ STRECK, Lenio. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. p. 157.

²⁰ CALLEGARI, André Luís. *Dolo eventual, Culpa Consciente e Acidentes de Trânsito*, p. 195

²¹ *Id, ibid.*

²² NASCIMENTO, Antonio Benedito do. *Delitos de Trânsito: culpa consciente ou dolo eventual?*, p. 409.

que é inadmissível. Fica evidente que aquele participante do "racha", mesmo prevendo o resultado, confiam na sua boa sorte e perícia ao dirigir.²³

Evidencia-se que aqui, neste vácuo de definição, prepondera o juízo de valores dos operadores do Direito. Destarte, caso o julgador se colocar na pessoa do réu, isto é, que ele poderia ter cometido o delito que está sendo processado, com certeza, a decisão seguirá pelo caminho brando. Caso contrário, ao se colocar no lugar da vítima, enxergando nela a sua própria pessoa, a sua ira santa tenderá a aplicar o posicionamento mais severo, tendo em vista ao elastério dado ao dolo eventual na aplicação aos casos em concreto.

3.3.3 Ilustração com os Julgados do TJSC

Tendo idéia da discussão doutrinária, pode-se agora analisar como o TJSC está se posicionando diante destas situações problemáticas que aconteceram no trânsito envolvendo a supressão da vida. Trabalhar-se-á com tabelas e gráficos para a melhor visualização.²⁴

²³ BASTOS Jr., José Edmundo. *Dolo Eventual, Culpa Consciente e Crimes de Trânsito*, p. 50.

²⁴ É de bom tom esclarecer que a obra de Ela Wiecko Volkmer de Castilho intitulada *O Controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, foi a tese de doutorado da hodiernamente Sub-Procuradora Geral da República. Vale a pena conferir esta obra, pois, a autora, através de pesquisa empírica, rastreou todos os 682 casos processados pelas agências de poder que compõem o sistema penal, no período de 1986 a 1994. Deixa claro o quão são ínfimas as condenações. De 77 casos que tinham chegado à fase da sentença judicial, 62 deles foram arquivados. Outros 15 tiveram como sentença de mérito o seguinte: 10 deles foram de sentenças absolutórias; 2 obtiveram sentença mista; e apenas 3 deles receberam sentença condenatória.

3.3.3.1 Espécie de Recurso

Tabela 1 - Espécie de Recurso

RECURSO	Fr.inteira	Fr. %
<i>Habeas Corpus</i>	1	4,15 %
<i>Recurso em Sentido Estrito</i>	19	79,25 %
<i>Apelação Criminal</i>	4	16,60 %
TOTAL	24	100 %

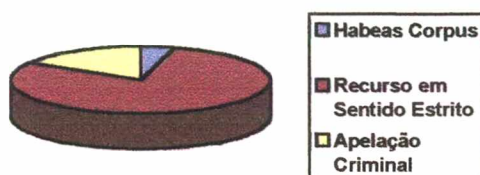


Figura 3 - Espécie de Recurso

Neste item procurou-se verificar qual foi o recurso mais utilizado na discussão sobre a aplicação de dolo eventual ou da culpa consciente para o caso, tendo em vista a sentença prolatada no juízo de primeiro grau.

Observa-se que quase 80% dos recursos trataram-se do RSE (recurso em sentido estrito), também conhecido como recurso criminal, com previsão legal no art. 581, I a XXIV do Código de Processo Penal (CPP).

Esta espécie de recurso é utilizada para as decisões que são definitivas, ou para aqueles casos em que o processo é terminado sem a análise de mérito, estando devidamente enumeradas as situações processuais em que o mesmo será utilizado. Neste caso, por se tratar de julgamento afeito a competência do Tribunal de Júri, pois sendo

entendido que houve o dolo eventual, o homicídio é doloso contra a vida.²⁵ Assim, com fulcro no art. 581, IV do CPP, o juiz vai prolatar a sentença de pronúncia, na qual determinará se houve o dolo ou não. Caso compreenda que não existe, o processo seguirá com o mesmo, pois é de competência do juiz singular os crimes culposos contra a vida.

As apelações criminais aconteceram em menor número tendo em vista que a decisão do júri popular é soberana, salvo nas situações previstas no art. 593, III, *a, b, c, d* do CPP. No caso foi alegado a letra *e*, inciso III do art. 593 do CPP, que permite apelar quando a decisão do júri for manifestadamente contrária a prova dos autos. Ao todo foram quatro apelações, todas do Ministério Público.

Houve apenas um Habeas Corpus, impetrado contra a denúncia do Ministério público, o qual pretendia trancar a ação penal por falta de justa causa. A ordem foi denegada, pois se decidiu que

sabidamente em sede de *habeas corpus* é vedada a discussão acerca dos elementos probatórios, mormente a fim de averiguar a existência de culpa ou dolo, ou ainda, o reconhecimento ou não de qualificadora. (...) Inviável também na atual fase o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, **porquanto há indícios suficientes de que o paciente, no mínimo, agiu com dolo eventual no evento morte.** (grifo nosso)²⁶

O caso acima envolveu excesso de velocidade que, infelizmente, suprimiu vidas. É de se perguntar o que quer dizer quando na afirmação de que o "paciente, no mínimo, agiu com dolo eventual no evento morte": o máximo seria dizer que ele pegou o seu carro para matar as vítimas incautas? A questão que sobressai é a de que, mesmo

²⁵ Art. 5º, XXVIII, *d* da CF: "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

²⁶ Habeas Corpus n 98.016443-5. Relator: Genésio Nollí (1ª Câmara Criminal).

não sendo o momento para julgar o estado anímico do sujeito ativo, já houve de fato o primeiro julgamento condenatório do processado.

3.3.3.3.2 Parte Recorrente

Tabela 2 - Parte Recorrente

RECORRENTE	Fr inteira	Fr. %
<i>Ministério Público</i>	3	12,5%
<i>Réu</i>	21	87,5 %
TOTAL	24	100 %

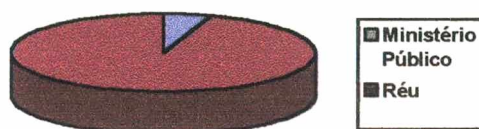


Figura 4 - Parte Recorrente nos Tribunais quanto a Homicídio em Trânsito

Neste item é possível observar quem está pleiteando a reforma da decisão prolatada na instância de primeiro grau, ficando visualmente claro de quem parte o inconformismo, conforme tabela abaixo.

Nota-se que foi sobejada a insatisfação por contra dos processados. Os quase 90% recorrentes visaram desclassificar o enquadramento pela pronúncia com base no dolo eventual.

O TJSC desclassificou para a culpa consciente, apenas dois recursos expedidos, ou seja, 9,5% do que foi recorrido pelo réu. Os demais, na maioria visando minar a sentença de pronúncia, foram negados, tendo em vista o princípio do *in dubio pro societate*, isto é, deixando que a própria sociedade decida o destino dos seus pares.

Mas, sendo na exceção que pode ser encontrado o pecado ou a virtude, vale a pena analisar estes casos:

1º caso: Recurso Criminal nº 98.000156-0, da comarca de Jaguaruna.

O agente foi denunciado porque no dia 20 de janeiro de 1992, por volta das 14h30, em alta velocidade e embriagado, teria atropelado um pescador na beira da praia. Foi ponderado que o elemento subjetivo ao caso era da culpa consciente, pois

não há provas concretas de que o acusado trafegasse em alta velocidade na ocasião dos fatos. Nas duas vezes em que foi ouvido (fls. 12/12 v. e 37/73 v.) asseverou que trafegava em velocidade aproximada de 50Km/h. As testemunhas se contradizem, ora dizendo que trafegava em alta velocidade, ora dizendo que não se recordam.²⁷

É de lembrar que esta preocupação em se fazer a análise das provas, as quais podiam ser testemunhais, não foram regra, como se apercebe no Recurso Criminal nº 97.01.4654-0, asseverando que "toda e qualquer dúvida no conjunto probatório deve ser dirimida pelo Tribunal do Júri (*in dubio pro societate*)".²⁸ Além disso, a existência do

²⁷ Recurso Criminal nº 98.000156-0, de 31 de março de 1998. Relator: Genésio Nolli (1ª Câmara Criminal).

²⁸ Recurso Criminal nº 97.014654-0, de 30 de julho de 1998. Relator: Álvaro Wandelli (2ª Câmara Criminal)

dolo eventual vai envolver a embriaguez e o excesso de velocidade, na maioria dos casos aqui pesquisados conforme será visto adiante.

2º caso: Rec. Criminal nº 98.010074-7, da Comarca de S. Francisco do Sul:

Trata-se de recurso interposto pelo réu, pois foi pronunciado com base no dolo eventual, já que, no dia 5 de dezembro de 1992, por volta de 4h45, a velocidade de 80 Km/h, direcionou o veículo automotor que conduzia para cima de seus amigos, com o intento de assustá-los, provocando a morte de um deles. Diante do depoimento de uma testemunha que afirmou "que deu a impressão de que queria tirar "um fino" da vítima, o julgador indignado, observará:

"Ora, tal dinâmica fornecida ao atropelamento parece ser a única fonte de inspiração da pronúncia, simplesmente a "impressão" ("opinião mais ou menos vaga, sem maior fundamento; noção, idéia"- Aurélio) de o recorrente esta obrando em dolo eventual".²⁹

Houve apenas três casos (12,5%) em que o Ministério Público recorreu pleiteando a presença do dolo eventual e, por consequência, buscando majorar a pena ou levar o caso ao Tribunal do Júri. Vale a pena observar, a título de ilustração, mais dois casos:

²⁹ Recurso Criminal nº 98.010074-7, de 29 de setembro de 1998. Relator: Genésio Nolli (1ª Câmara Criminal)

3º caso: Apelação Criminal nº 33.760, da comarca de Tijucas

Este caso é deveras peculiar. Trata-se de um acidente de trânsito que envolveu o motorista de caminhão-cegonha na BR-101, na altura de Tijucas. O caminhoneiro forçou a ultrapassagem sobre outro caminhão-tanque. Quando já a estava efetuando-a, vinham em sentido contrário quatro ônibus lotados de romeiros. Os três primeiros conseguiram tirar para o acostamento, enquanto que o último foi abalroado. O caminhão-tanque, notando a iminência do desastre, também tirou seu caminhão para o acostamento, vindo a tombar. O motorista causador do acidente, tentou voltar a sua pista de rolamento, conseguindo guiar a cabine para tal, ficando, todavia, a carreta do caminhão na pista contrária, sendo que foi nela que o ônibus bateu, falecendo 21 pessoas e havendo 35 feridos. O acidente provocou a comoção social.

Este caso foi objeto do Recurso Criminal n.º 9.698, no qual pleiteava o réu a desclassificação para a culpa consciente, a qual denegada tendo em vista que

não se tratou de mero acidente de trânsito, mas sim de conduta capaz de configurar o dolo eventual, **sem qualquer dúvida** (...) O espírito de pressa, de irresponsabilidade, de pouca importância com a vida alheia, ou mesmo, a competição é que presidiram o ânimo do recorrente. Outra razão não há que justifique tão tresloucada aventura rodoviária, que resultou na morte de 21 pessoas e ferimento em outras 35 (...) Assim, deve o acusado responder pela sua ação dolosa perante o Tribunal do Júri, que decidirá, na sua soberania constitucional, acerca da sua culpabilidade ou não.³⁰ (grifo nosso)

Observa-se o primeiro julgamento ("sem qualquer dúvida", conforme acima grifado) condenatório de cunho valorativo, com base na ideologia da defesa social,³¹ no princípio da prevenção, devido à extensão do resultado. Julgado pelo Tribunal do Júri, o corpo de jurados entendeu que houve homicídio culposo, com base na culpa consciente,

³⁰ Recurso Criminal nº 9.698, de 24 de maio de 1994. Relator: Cláudio Marques (1ª Câmara Criminal).

³¹ Vide item 1.3.4.2 desta pesquisa.

e não doloso como denunciava o Ministério Público. Este, no prazo legal, interpôs apelação criminal, com fulcro no art. 593, III, letras *c* e *d* do CPP, pois tinha acontecido o julgamento contra as provas constantes nos autos e, portanto, necessitando de novo júri. Quanto a isto, o julgado ponderou o seguinte:

Quanto aos crimes de homicídio, a decisão dos jurados delirou da prova, devendo ser anulado o veredicto, **pois exsurge do caderno processual a presença de dolo eventual** na ação voluntária do agente de proceder a manobra de ultrapassagem de um veículo longo sem que as condições do tráfego no momento permitissem, pois vinham, em sentido contrário, quatro ônibus em comboio, forçando os três a abrirem para o acostamento, mas tomando de surpresa o quarto e último, vindo com ele a colidir com a carreta. (...) A prova está uniforme neste sentido, encontrando-se isolada a versão do agente no interrogatório perante o Júri, onde procurou caracterizar que a colisão ocorreu na sua mão de direção; na verdade, o apelante conseguiu desviar o "cavalo" para a direita (o cavalo, após forçar três ônibus, conseguiu leva-lo para a direita quando viu a supressa de que foi tomado o motorista vítima), fechando o caminhão que ultrapassava, mas deixando a "carreta" na pista da mão de direção da vítima, onde aquela colidiu. (...) Mas pela prova técnica e testemunhas das pessoas que viram o momento do acidente, o acusado, ao executar perigosa ultrapassagem, não obstante a sinalização emitida pelo ônibus que vinha em sentido contrário, manteve sua trajetória, **assumindo o risco de produzir o evento danoso**, restando absolutamente solteira nos autos, e **afrontosa de forma manifesta ao conjunto da prova**, aquela hipótese de ter havido o acidente na mão de direção do acusado por ato culposos da infeliz vítima motorista do ônibus. (...) Assim, não encontrando a decisão desclassificaria apoio na prova dos autos, o julgamento não pode prevalecer, devendo ser renovado (...) Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento, para determinar que a outro julgamento seja o réu submetido. (grifos nossos)³²

Diz o julgado seguir a teoria do assentimento, a qual, conforme já foi visto, exige a prova de que o agente quis o resultado. Da análise deste material, o que se pode dizer é que o motorista, devido a pressa para cumprir o estabelecido pela empresa, confiou tanto no seu golpe de vista e na sua perícia, que jamais assumiu o risco de produzir o evento morte, pois conseguiria efetuar a manobra em tempo, apesar do risco, inclusive de sua própria vida. Basta pensar que se nada tivesse acontecido, o promotor de justiça o denunciaria por tentativa de homicídio doloso? É claro que não, pois seria

³² Apelação Criminal nº 33.760, de 21 de dezembro de 1995. Relator: Nilton Macedo Machado.

esdrúxula tal incriminação. O que se quer dizer é exatamente que a análise do fato, sendo severa ou não, dependerá deste vácuo conceitual que permite a discricionariedade do julgador. Este, naquele momento, achou que a punição tinha que ser mais rigorosa, para prevenir a sociedade através da intimidação da pena, arvorando para si a função de legislador e enunciando a necessidade de uma política criminal severa para os delitos de trânsito, o que de fato aconteceu com a aprovação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503), em 1997. Para estas situações, o homicídio culposo parece ser muito benéfico. É interessante observar que o Tribunal do Júri mesmo sendo soberano em suas decisões para o caso em tela buscou-se anulá-la, pois tinha sido a decisão contrária as provas que "exsurgiam do caderno processual". Ora, estas mesmas provas possibilitam enquadrar o caso na culpa consciente: o agente previu o resultado, mas jamais assumiu o risco de matar 21 pessoas, entre mulheres e crianças. Será que o motorista da Scânia pensou, em algum momento, matar alguém? Urge lembrar que se novo tribunal do júri manter o entendimento do homicídio culposo, não mais poderá haver segunda apelação, conforme art. 593, § 3º do CPP.

4º Caso: Apelação Criminal nº96.004837-5 da comarca de Palhoça.

Aqui o Ministério Público também buscou tornar nula a decisão do Tribunal do Júri, tendo em vista a decisão "manifestamente contrária à prova dos autos". Foi um acidente que envolveu a supressão da vida de uma pessoa que estava prestando socorro mecânico no acostamento. O sujeito ativo estava, de acordo com os testemunhos e a violência da batida, em alta velocidade. Este desviou de uma pessoa, mas atingiu a

vítima, arremessada a 20 metros de distância, ficando o corpo em estado deplorável. O julgador seguiu esta linha de raciocínio

(...) Com base na prova coligida optaram os senhores jurados pela versão da defesa, no sentido de que embora fosse possível ao apelado prever o resultado, não assumiu o risco da morte da vítima (votação de fls. 305), operando-se a dita desclassificação. **Assim, de modo algum pode a decisão ser inquinada de "manifestadamente contrária à prova dos autos"**. É fundamental destacar que quando do julgamento do recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia, este relator manteve provisional, aceitando *prima facie* a tese acusatória no sentido do dolo eventual, viabilizando aquele juízo de admissibilidade e a conseqüente submissão do acusado ao Júri Popular. E nada mais! (grifo nosso)³³

Note que a repercussão, até mesmo para o julgador, do resultado é bem menor, apesar de lamentável, em relação ao primeiro caso analisado. O sujeito ativo foi condenado por homicídio culposo, sendo a sua pena substituída por prestação de serviços à comunidade.

3.3.3.3 Distribuição por Câmara

Tabela 3 - Distribuição por Câmara

CÂMARA	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Primeira Criminal</i>	13	54,15 %
<i>Segunda Criminal</i>	11	45,85 %
TOTAL	24	100 %

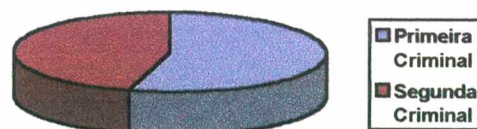


Figura 5 - Distribuição por Câmara

³³ Apelação Criminal n.º 96.004837-5, de 5 de agosto de 1997. Relator: Álvaro Wandelli (2ª Câmara Criminal)

O presente item demonstra no universo pesquisado, de qual das duas câmaras existentes no TJSC partiu a decisão. Dá para notar que o recorte feito foi equilibrado, pois decisões de ambas as câmaras ficou de forma paritária, conforme fica claro na ilustração acima.

3.3.3.4 Processos Julgados

Tabela 4 - Processos Julgados

ANO	Fr. inteira	Fr. %
1990 a 1991	4	16,7 %
1992 a 1993	3	12,5 %
1994 a 1995	6	25,0 %
1996 a 1997	5	20,8 %
1998 a 1999	6	25,0 %
TOTAL	24	100 %

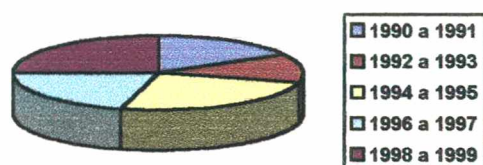


Figura 6 - Processos Julgados no Período

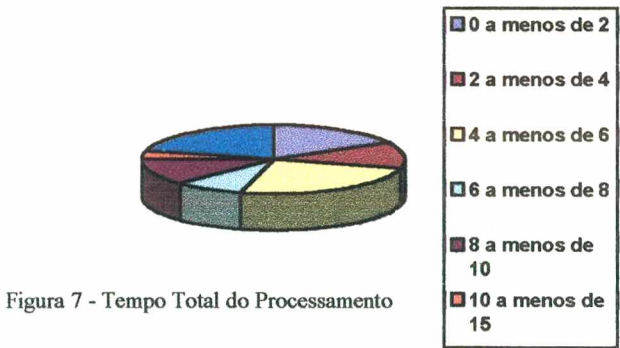
Buscou-se aqui registrar o ano em que foi julgado o recurso. Os resultados estão dispostos na tabela acima. Vale a pena observar que a partir de 1994 o número de casos permaneceu constante, sendo este período responsável por 70,8% dos julgados

aqui analisados. A tendência é de continuar assim, pois o controle social do sistema penal foi maximizado para este tipo de conduta no final do decênio do século XX.

3.3.3.5 Tempo Total do Processamento

Tabela 5 - Tempo Total do Processamento

TEMPO (em anos)	Fr. inteira	Fr. %
0 a menos de 2	4	16,64 %
2 a menos de 4	3	12,5 %
4 a menos de 6	6	25,0 %
6 a menos de 8	2	8,32 %
8 a menos de 10	3	12,5 %
10 a menos de 15	1	4,16 %
Sem informação	5	20,88 %
TOTAL	24	100 %
TEMPO MÉDIO	4 anos e 7 meses	



Neste item será verificado o tempo total do processamento, ou seja, desde o momento do delito até a decisão de 2º grau.

A maioria dos casos analisados (54,14%) levou até seis anos para obter a sentença de segundo grau. Não se pode esquecer a importância deste fato, tendo em vista o lapso prescricional, previsto no art. 109 do CP, contado a partir do momento da

consumação do delito, conforme art. 111, I do digesto penal. Claro que com a oferta da denúncia, com a pronúncia, com a decisão confirmatória da pronúncia ou pela sentença condenatória recorrível, todos previstos no art. 117 do CP, a prescrição³⁴ começa a contar novamente..

O tempo médio de quatro anos é, sem sombra de dúvida, uma punição extra dada ao processado que será flagelado pela ansiedade de não saber logo sobre o seu futuro, o qual está materializado na ponta da caneta do julgador que, através dela, manifestará sua ira ou, então, benevolência. Claro que reproduzindo, conscientemente ou não, as estruturas objetivas da sociedade que compõe o *second code*.

3.3.3.6 Dolo Eventual ou Culpa Consciente?

Tabela 6 - Dolo Eventual ou Culpa Consciente

Elemento Subjetivo	Fr. inteira	Fr. %
Dolo Eventual	17	70,84 %
Culpa Consciente	6	25,00 %
Sem Análise	1	4,16 %
TOTAL	24	100 %

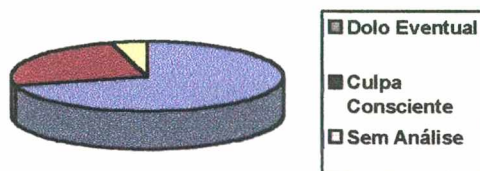


Figura 8 - Presença do Dolo Eventual ou da Culpa Consciente

³⁴ É bom lembrar que a prescrição é o lapso temporal que possui o Estado para exercer o seu *jus persecuciones*, isto é, o direito de exercer a perseguição penal daqueles que praticaram uma lesão, ou tentaram, a um bem jurídico

Neste item verificou-se qual foi o recurso mais utilizado na discussão sobre a aplicação de dolo eventual ou da culpa consciente para o caso, tendo em vista a sentença prolatada no juízo de primeiro grau.

A maioria dos recursos, como já foi visto objetivava reformar a sentença de pronúncia, sendo que assim evitaria o Tribunal do Júri. Todavia, o princípio vigente foi o *in dubio pro societate*, um verdadeiro ato de Pilatos. Veja esta decisão:

Quem dirige embriagado e em alta velocidade, em via movimentada, pondo em risco as pessoas que nela transitam, vindo a matar e ferir pessoas que se deslocam normalmente pelo acostamento, age com dolo eventual, assumindo o risco do resultado que sua conduta pode dar causa. (...) Em assim sendo, há nos autos elementos suficiente para que vislumbre a possibilidade da presença do dolo eventual, indícios bastantes para que se mantenha a pronúncia e que o Tribunal do Júri decida entre a tese da culpa consciente e a do dolo eventual. (...) Em se tratando de juízo de admissibilidade, na sentença de pronúncia deve o Juiz ater-se apenas à possibilidade de ocorrência do dolo eventual, **deixando que o debate acerca da presença deste ou de culpa consciente seja resolvida pelo Tribunal do Júri.** (grifo nosso) ³⁵

Como já foi visto, também, para alguns julgadores este debate é reduzido, pois se julgar "contrário às provas nos autos", poder-se-á convocar novo júri!

3.3.3.7 Decisão da Primeira e Segunda Câmara Criminal

Tabela 7 - Elemento Subjetivo na Primeira Câmara Criminal

Primeira Câmara	Fr. inteira	Fr. %
Dolo Eventual	8	72,70 %
Culpa Consciente	3	27,30 %
TOTAL	11	100 %

³⁵ Recurso Criminal nº 96.003932-5, de 1º de outubro de 1996. Relator: José Roberge (2ª Câmara Criminal).

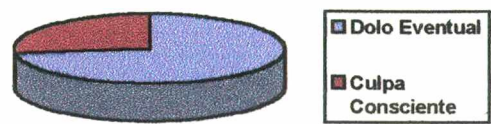


Figura 9 - Presença do Elemento Subjetivo na 1ª Câmara

Tabela 8 - Elemento Subjetivo na Segunda Câmara Criminal

Segunda Câmara	Fr. inteira	Fr %
Dolo Eventual	9	75 %
Culpa Consciente	3	25 %
TOTAL		100 %

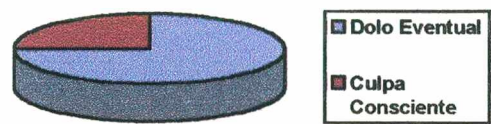


Figura 10 - Presença do Elemento Subjetivo na 2ª Câmara

A título de curiosidade observe que a tendência na Primeira e na Segunda Câmara Criminal foi a de punir severamente os delitos de trânsito que envolveram a supressão da vida devido à embriaguez e/ou excesso de velocidade; seguidos da proporção de vítimas atingidas e rachas.

3.3.3.8 Motivação Principal para o Dolo Eventual

Tabela 9 - Motivação

Motivação	Fr. Inteira	Fr %
Embriaguez	10	59,00 %
Velocidade	3	17,61 %
Vitimização	2	11,70 %
"Racha"	2	11,70 %
TOTAL	17	100 %

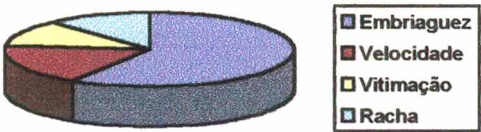


Figura 11 - As Motivações da Sentença pelo Dolo Eventual

Como já foi mencionado anteriormente, existe a tendência em afirmar que as provas do dolo eventual estariam nas circunstâncias objetivas que importariam no consentimento do resultado. Todavia, na hora em que é afirmado que o sujeito ativo devido a sua embriaguez, ou ao espírito de competição que permitiria prever o resultado e, assim mesmo assumiu o risco de tanto, estar-se-á adotando a Teoria da Representação, a qual é repudiada por um Direito Penal do fato, bem como pela nossa legislação, conforme foi visto antes. A tabela acima dá a dimensão de qual motivação "objetiva" está influenciando na escolha do dolo eventual em detrimento da culpa consciente, observando-se que a aplicação do dolo eventual dependerá de algumas circunstâncias que envolvam o agente, sejam elas: embriaguez e/ou excesso de velocidade; vitimização; "racha".

É interessante notar que praticamente 60% dos casos que envolveram acidentes de trânsito, com supressão de vida, levaram o julgador a concluir que o motorista agiu com dolo eventual, ou seja, previu o resultado e não deixou de praticá-lo. Muitos destes casos relacionados com a embriaguez possuem também excesso de velocidade, mas não é regra. É interessante notar que na Teoria do Delito a culpabilidade será aferida pelo grau de consciência do sujeito ativo, a qual permite aplicação da sanção penal, que será inversamente proporcional à lucidez do agente. Ora, alguém que esteja embriagado não estará com a consciência normal, apesar de a embriaguez voluntária (intencional) ou culposa (imprudente) não excluir a culpa. Será a *actio libera in causa* que fundamentará a punibilidade de ações praticadas em estado de embriaguez não acidental. No entanto, como bem observa Cezar Bitencourt, a *actio libera in causa* não abrange as situações em que o agente quer ou imprudentemente se embriaga sem prever ou poder prever a ocorrência de um fato delituoso. Ora, o que acontece nos casos aqui analisados é o enquadramento na busca de pena severa, justamente pelo fato de estar embriagado.

Cesar Bitencourt pondera que

quando há imprevisibilidade não se pode falar de *actio libera in causa*, diante da impossibilidade de se relacionar esse fato a uma formação de vontade contrária ao direito, anterior ao estado de embriaguez, isto é, quando o agente encontrava-se em perfeito estado de discernimento. No entanto, os tribunais pátrios não têm realizado uma reflexão adequada destes aspectos, decidindo quase que mecanicamente: se a embriaguez não é acidental, pune-se o agente. Se houve ou não *previsibilidade* do fato no estágio anterior a embriaguez não tem sido objeto de análise. É muito fácil: o Código diz que a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena, ponto final. O moderno Direito Penal há muito está a exigir uma nova e profunda reflexão sobre este aspecto, que os nossos tribunais não têm realizado. **Não raro, encontra-se acórdão onde se percebe a completa ausência do toque de um cientista criminal, de um penalista, com conhecimento profundo da teoria do delito.** (grifo nosso)³⁶

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito penal*: parte geral, p. 341.

Além da embriaguez há o excesso de velocidade. A pergunta que paira é a seguinte: quem abusa da velocidade não está confiando em sua perícia? Esta argumentação tem o mesmo poder lógico de dizer que o mesmo assumiu o risco de produzir o resultado.

A outra motivação é a gravidade do acidente quanto à vítima, o que causa ojeriza a quantidade de pessoas envolvidas pelo sinistro, bem como a intensidade da lesão produzida na pessoa. Por último, participar de competição automobilística com o espírito de emulação, vulgarmente conhecido como "racha", leva o julgador a ponderar pela aplicação do dolo eventual.³⁷

Portanto, presente uma ou mais desses circunstâncias no acidente de trânsito que envolve a supressão da vida humana, tem-se grandes chances de vir a ser a conduta do agente criminalizada como dolosa. Não é a toa que Lenio Streck, com veemência, afirma que a

figura do dolo eventual não deve ser utilizada como pedagogia ou remédio contra a violência no trânsito. O direito penal, como já afirmado anteriormente, não deve ser aplicado *hobbesianamente*. Dito de outro modo, o operador do direito, em face dos delitos de trânsito, embora graves, não deve ser obrigado a optar entre "civilização", representada pela adoção do dolo eventual - de onde exsurgirão punições rigorosas - e a "barbárie", representada pelos milhares de crime praticados cotidianamente. Isto porque é nas crises e nos casos limites que o direito penal e a própria teoria do delito são colocados em xeque.³⁸

³⁷ Um "racha" que ficou famoso, na capital catarinense, no início dos anos 90, foi o caso Mastroiane. Tratou-se de um acidente que ceifou a vida de Juliana Machado Barbosa, ocasionado por competição automobilística na Avenida Beira-Mar. Mastroiane Daimler da Silva perdeu o controle de seu veículo, vindo a bater no carro estacionado de madrugada nessa avenida, com o casal Luciano Triewieiller e Juliana Barbosa. O primeiro sofreu lesões corporais graves e, a última, veio a falecer devido o impacto. Houve o Recurso Criminal n.º 9.535, de 10 de dezembro de 1993, sendo relator Ayres Gama Ferreira de Mello que decidiu pela existência de indício de dolo eventual, sendo necessário o julgamento pelo Tribunal do Júri. Julgado por este o réu foi condenado por homicídio doloso, sendo a sua pena de sete anos de prisão em regime semi-aberto. É interessante observar que houve uma "guerra" de *outdoors* na capital catarinense, travada pela família Barbosa, buscando a condenação. Paralelamente acontece a retaliação da família de Mastroiane, buscando evitar a demonização do rapaz.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 155.

3.3.3.9 Os Silêncios e as Falas do Tribunal

Na análise destes 24 julgados, por parte dos operadores do Direito ficou explícita a falta de domínio da Teoria do Delito. É interessante notar que Márcia Arend, a respeito da confecção das denúncias pelo Ministério Público, afirma que a Teoria do Delito "segue sendo pouco visitada no momento da acusação, havendo um convívio de vazio teórico no momento da denúncia, o qual se compraz com a possibilidade do preenchimento no momento da sentença penal".³⁹

O vazio teórico vai ser repetido no âmbito do Judiciário porque uma boa parte dos julgados são pobres quanto a fundamentação jurídico-penal. O que é procurado demonstrar é a autoria e materialidade do delito, o que se concretizará através da prova. No entanto, neste aspecto estudado, o que está em questão é matéria de Dogmática Penal. Muitos julgados são prolongados com a transcrição em seu texto de outros julgados, os quais são citados, às vezes, com falta de rigorismo lógico.

Notou-se que a vítima, a partir da leitura destes acórdãos, ficou reduzida apenas às lesões sofridas, as quais são copiadas *in totum* do laudo cadavérico, quando a tendência do julgado é condenar. Todavia, quando se almeja absolver, as lesões são minimizadas ou não são comentadas.

Quanto à pessoa que está sendo processada, o autor do ato, não se falará nestes casos de sua vida pregressa (antecedentes), nem para favorecê-lo. Logo, estamos aqui tratando de um Direito Penal preocupado com o fato e sua repercussão na sociedade. Conclui-se facilmente que se o julgador arvorar para si a responsabilidade de

³⁹ AREND, Márcia Aguiar. *Capitulação Penal: o poder (in)visível do Ministério Público*, p. 59.

educar pedagogicamente através de sua caneta, com certeza, ter-se-á decisões de caráter repressivo, tais como foram anteriormente vislumbradas.

Além disso, fica evidente que o autor processado não corresponde ao cliente esperado pelo sistema penal, fugindo do senso comum que se tem sobre a criminalidade. O homicídio decorrente de acidente de trânsito comumente envolve pessoas do estrato médio da sociedade, que contradizem a imagem da criminalidade violenta realizada contra a vida como, por exemplo, são os assassinatos encomendados para matadores de aluguel. Não é à toa que se vai criar uma margem de contradições entre os julgadores quanto ao apenamento. Se passará a falsa idéia de sancionamento com gravidade, se resolverá um problema que é de cunho pedagógico e, ao mesmo tempo, acontecerá a legitimação do sistema penal como o lugar de resolução, por excelência, para estas condutas socialmente negativas.

3.4 O ESTUPRO PRESUMIDO DE MENOR DE 14 ANOS

O delito de estupro foi escolhido para ser objeto desta investigação devido a "natural" antipatia que a sociedade tem a quem cometa esse tipo de ato. Tanto é que, hodiernamente, em nossa sistemática penal, o mesmo é considerado hediondo⁴⁰ e, por isso, apenado severamente.

⁴⁰ Vide art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, com redação determinada pela Lei n.º 8.930, de 6 de setembro de 1994.

3.4.1 Delimitação do Objeto

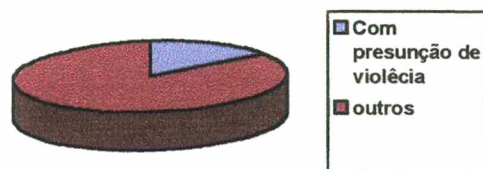


Figura 12 - Registros de Estupros em Geral e Aqueles com Presunção de Violência



Figura 13 - Registros de Estupros com Presunção de Violência e os Analisados pela Pesquisa

O segundo bem jurídico escolhido foi a liberdade sexual. O recorte deu-se na escolha do estupro dentre daqueles tipos penais arrolados como lesadores destes bens jurídicos. Além da escolha do tipo penal delimitou-se mais ainda escolhendo os casos envolvendo a discussão de estupro devido à presunção de violência por a vítima ser menor de 14 anos. Executou-se os seguintes passos:

1º passo: Palavra-chave: Estupro;

Número de registros encontrados: 1237.

2º passo: Palavra-chave: Estupro e Presunção de Violência;

Número de registros encontrados: 108.

3º passo: Palavra-chave: Estupro, Presunção de Violência e Menor de 14 anos;

Número de registros encontrados: 17.

Como ficou explícito acima, houveram 1.272 registros de estupro, 108 registros de estupros com presunção de violência, o que significa a porcentagem 15,70% do número total de registros (figura 11). A pesquisa foi realizada em cima de 17 registros envolvendo menor de 14 anos, o que significa a investigação de 1,37% do total (figura 12).

3.4.2 Aspectos Doutrinários

Stuprum, no Direito Romano, significava qualquer relação sexual considerada indevida, praticada com homem ou mulher, casado(a) ou não, incluindo as relações homossexuais e adúlteras. A pena era de morte.⁴¹

Magalhães Noronha observa que o estupro está presente em quase todas as legislações penais, contendo basicamente os mesmos elementos caracterizadores: as relações carnavais e a violência física ou moral.⁴² Está previsto no Código Penal, art. 213, que é considerado consumado o delito quando o homem constrange a mulher à manter

⁴¹ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes Contra os Costumes e Assédio Sexual: doutrina e jurisprudência*, p. 13. Para saber mais sobre o assunto, confira: ANDRADE, Vera R. P. de. *Violência Sexual e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina*, p. 114; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 208-739; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, SILVA JR., José et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: parte especial*, vol. 1, tomo II, p. 3019-3050; JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, p. 675-684; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, vol. 3, p.67-111; PIERANGELI, José Henrique. *Estudos Jurídico-Penais*, p. 163-175; PIMENTEL, Sílvia, SCHRITZMEYER, Ana Lúcia, PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia?*, p. 288 p.; PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado*, p. 693-726.

⁴² NORONHA, Magalhães. *Op. cit.*, p. 69. Relacionam, a título de curiosidade, os Código da Suíça (art. 187), Itália (art. 519, *caput*), Polônia (art. 204), Uruguai (art. 272), Argentina (art. 119), Peru (art. 196), Espanha (art. 431), Portugal (art. 393), Alemanha (§ 177), China (art. 221), Rússia (art. 153) e outros.

conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. A pena varia entre 6 e 10 anos, e foi majorada pela Lei nº 8.072/90 (a Lei dos Crimes Hediondos). Além disso, a qualificadora em razão do resultado, prevista no art. 223 do Código Penal, aumenta a pena de reclusão para 8 a 12 anos se a violência resultar lesão corporal de natureza grave (hipóteses previstas no art. 129, §§ 1º e 2º).

Caso resulte em morte a pena será de 12 a 25 anos, conforme previsto no art. 223 do CP. Ainda por cima, se houver a **presunção de violência**, prevista no art. 224, em qualquer de suas formas, *ex vis* do art. 9º da Lei nº 8.072/90 (a lei que é hedionda), ter-se-á o aumento compreendido pela metade da pena aplicada, respeitados os 30 (trinta) anos, previstos no art. 75 do CP como limite máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas não é só: a Lei nº 8.072/90 veda o benefício da anistia, da graça e do indulto (art. 2º, I), além de impedir o pagamento de fiança e à liberdade provisória (art. 2º, II) e, por fim, determina que o cumprimento da pena seja integralmente cumprido sob o regime fechado (art. 2º, § 1.º). Ademais, estabelece que a prisão temporária,⁴³ que nos demais delitos será de no máximo 5 dias, para os delitos considerados hediondos possa chegar a 30 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 3º).

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, ou seja, a possibilidade dela manter relações sexuais com a pessoa e momento que for de seu agrado. A liberdade sexual será o bem jurídico de três tipos penais, previstos no CP, a saber: o atentado violento ao pudor (art. 214 do CP); a posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP).

⁴³ Regulada pela Lei n.º 7.960/89, de 21 de dezembro de 1989.

O legislador penal de 1940,⁴⁴ além da força física ou moral que pode levar o homem a constranger a mulher a manter relação sexual, lançou em nosso ordenamento as presunções de violência previstas no art. 224 do CP para as vítimas que não sejam maiores de 14 anos (art. 224, a do CP); ou seja, alienada ou débil mental e, o agente conhecia esta circunstância (art. 224, b do CP); não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224, c do CP).

Este é um delito regularmente processado mediante ação penal privada, isto é, deverá a vítima manifestar o seu interesse ao Estado para ser feita a devida persecução penal.

3.4.2.1 A Presunção de Violência Contra a Menor de 14 anos

A presunção vem a ser o ato ou efeito de imaginar, de desenvolver uma conjectura.⁴⁵ Sendo assim, imaginam-se que certas situações levariam a resistência da vítima estar diminuída e, portanto, mesmo consentindo no ato sexual, esta aquiescência não teria nenhuma validade. Como foi visto uma das situações previstas em nossa legislação se trata da menoridade de 14 anos, visto que, ainda, ela menor estaria insciente sobre os atos sexuais e a repercussão destes em sua vida, psicologicamente e fisicamente.

⁴⁴ A parte especial do Código Penal, compreendida dos arts. 121 a 361, não foi modificada, sendo que o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 continua vigente. A parte geral, por sua vez, compreendida do art. 1º ao 120, foi reformada pela Lei nº 7.209/84. É nela que são encontrados os tipos penais definidores das condutas criminosas.

⁴⁵ MESSIAS, Irajá Pereira. *Da Prova Penal*, p. 468.

José Pierangeli entende que as presunções e os indícios são sinônimos, pertencendo ambos à chamada prova indireta ou indiciária, de larga atuação no Direito Processual moderno. Ele os divide em dois grupos:

- 1º grupo - *Judiciais*: são as presunções de fato (*praesumptiones hominis seu iudices*);
- 2º grupo - *Legais ou Jurídicas*: são classificadas em duas espécies. A primeira são as presunções absolutas (*jure et jure*) que não admitem prova em contrário. A segunda é formada pelas presunções relativas (*juris tantum*) que admitem prova em contrário.⁴⁶

3.4.2.2 A Presunção Absoluta e a sua Inconstitucionalidade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram consagrados em nível de direitos fundamentais,⁴⁷ o Princípio do Contraditório⁴⁸ e da Presunção de Inocência,⁴⁹ o que reforça a impossibilidade de não ser admitida a prova em contrário. Além disso, choca-se frontalmente com a concepção da impossibilidade de existir a responsabilização penal objetiva. Fere, também, o princípio do livre convencimento do juiz que é uma ofensa à concepção da investigação da verdade material e que constitui "um dos postulados estruturais do Direito Processual moderno, através do qual se busca

⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Estudos Jurídicos-Penais*, p. 163.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 515. Utilizando-se de dois critérios formais de Carl Schmitt, o autor estabelece que os direitos fundamentais, em primeiro lugar, são aqueles direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Em segundo lugar, os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança.

⁴⁸ Art. 5º, LV da CF: " aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

⁴⁹ Art. 5º, LVII da CF: " ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

estabelecer uma decisão judicial justa e com ela se fixar a própria segurança estabelecida pela ordem jurídica".⁵⁰

Diante deste quadro, entender que houve a presunção de violência quando a menor de 14 anos consentir em praticar a relação sexual não se coaduna com o Direito Penal que preza as garantias individuais (visão garantidora), sendo posição própria de um Direito Penal autoritário. Por isso, tanto a doutrina quanto a maior parte dos tribunais estão se posicionando pela presunção relativa nestes casos.

3.4.2.3 Presunção Relativa de Violência

A presunção relativa admite a prova em contrário. Pode-se dizer que nesses casos é necessário demonstrar que não houve ofensa a *innocentia consilii*, a qual é a "completa insciência aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*".⁵¹

Relacionam-se os seguintes motivos, colhidos de decisões de tribunais pátrios, que levam a presunção ser relativa:

- a) Possui experiência em matéria sexual (RT 542/322; 564/378);
- b) Já manteve relações sexuais com outros indivíduos (RT 481/403);
- c) Quando se mostre despudorada e sem moral (RT 436/324);
- d) Seja corrompida (RT 433/344);
- e) Que apresenta péssimo comportamento (RT 534/344).⁵²

⁵⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 164.

⁵¹ COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 735-736.

⁵² PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 170.

Portanto, o julgamento também alcançará a conduta moral da vítima, bem como a conduta do autor. É um duplo julgamento. Do mesmo modo outra pesquisa empírica constatou que os estereótipos,

preconceitos e discriminações contra os homens tanto quanto em relação às mulheres interferem negativamente na realização da Justiça. Entretanto, há evidências de que o impacto negativo desse tipo de viés recai de maneira mais intensa e freqüente sobre as mulheres. Estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero estão presentes na nossa cultura e profundamente inculcados nas (in)consciências dos indivíduos; são, portanto, absorvidos também pelos operadores do Direito e refletidos em sua práxis jurídica. Essa absorção, por vezes, implica em uma verdadeira "inversão de atores" nos processos, vale dizer, através dos discursos proferidos pelos operadores do Direito, vítimas transformam-se em réus e *vice-versa*. A mensagem veiculada por esses agentes, muitas vezes, reforça a idéia de que o estupro é crime em que a vítima tem que provar que não é culpada e que, portanto, não concorreu para a ocorrência do delito".⁵³

Agora, diante destes dois posicionamentos doutrinários o julgador terá que fazer uma opção. Pela presunção absoluta, podendo justificar o seu posicionamento pela defesa da lei ou pela presunção relativa, nas suas várias possibilidades de não incriminar a conduta. Para esse entendimento o problema reside na vagueza, pois não se sabe qual é o limite adequado para considerar alguém inocente sobre assuntos sexuais. Neste vácuo conceitual entrará o código ideológico, reproduzindo objetivamente a sociedade machista, tanto que se buscará estereótipos para a vítima e para o autor.

3.4.3 Ilustração com os Julgados do TJSC.

Ver-se-á neste momento como os julgadores do TJSC enfrentaram mais este vácuo definicional referente à presunção de violência quando a menor possuía menos de

⁵³ PIMENTEL, Silvia, SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P., PANDJAIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia*, p. 203. Vale a pena ler esta pesquisa empírica que analisou 50 processos relacionados ao estupro, nas cinco regiões do país, e mais 101 acórdãos publicados em revistas especializadas de grande circulação, no período de janeiro de 1985 a dezembro de 1994.

14 anos, através da análise de 17 casos julgados entre o período de 1990 a março de 1999.

3.4.3.1 Espécie de Recurso

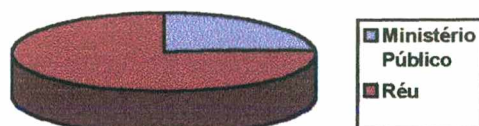
Todos os 17 casos analisados (100%) chegaram ao 2º grau de jurisdição através da apelação criminal, tendo em vista que o juízo *a quo* (juiz monocrático, também conhecido como juiz singular), que possui competência exclusiva para julgar estes tipos penais, prolatou a sua sentença definitiva no sentido de condenar. Por força do art. 593, I do CPP, subiram os autos para o juízo *ad quem*.

3.4.3.2 Parte Recorrente

Tabela 10 - Parte Recorrente

RECORRENTE	Fr inteira	Fr. %
<i>Ministério Público</i>	4	23,52 %
<i>Réu</i>	13	76,48 %
TOTAL	17	100 %

Figura 14 - Parte Recorrente



Neste item é possível observar quem está pleiteando a reforma da decisão prolatada na instância de primeiro grau, ficando claro de quem parte o inconformismo e indignação, conforme a ilustração acima

O juiz de primeiro grau possui a tendência de criminalizar aqueles que mantiveram relações sexuais com menor de 14 anos. Foram em apenas quatro casos (23,52%) que o Ministério Público (o qual também promove a criminalização secundária, como já foi visto anteriormente) buscou a criminalização daqueles que foram absolvidos pelo juiz singular. É interessante observar que é o juiz monocrático que possui o contato direto com as pessoas envolvidas no processo, fazendo a oitiva das testemunhas e da vítima, procedendo com o interrogatório do réu. Enfim, é ele que está um pouco mais perto da realidade dos fatos. Na década de 90 do século XX os juizes de primeiro grau foram severos, assim como os promotores de justiça.

No entanto, na instância de segundo grau, em que o parecer é dado pela Procuradoria Geral de Justiça, que representa o Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça, houve um caso em que o procurador de justiça opinou pela absolvição do processado. O fato aconteceu na Comarca de Itajaí, sendo que o promotor de justiça ofereceu a denúncia contra o réu que possuía a idade de 21 anos, em junho de 1993, quando passou a namorar escondido a menor, que possuía 12 anos. Não demorou muito, quando ela estava com 13 anos, empreenderam fuga, ocorrendo o desvirginamento na casa da tia do réu, local que passaram a noite. Com base numa carta da menor, que mostra uma "maturidade psicológica e intelectual muito superior a do réu (ressaltando o relativamente elevado grau de instrução da vítima), demonstrando um maduro

comportamento e conhecimento das coisas do amor e do sexo", concluiu o julgador que estava ausente a *innocentia consilii*, sendo o processado absolvido.⁵⁴

3.4.3.3 Distribuição por Câmara

Tabela 11 - Distribuição por Câmara

CÂMARA	Fr. inteira	Fr. %
<i>Primeira Criminal</i>	8	47,06 %
<i>Segunda Criminal</i>	9	52,94 %
TOTAL	17	100 %

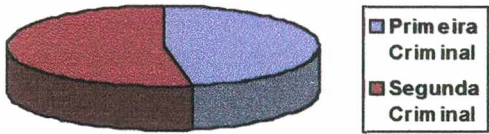


Figura 15 - Distribuição por Câmara

Observa-se, para garantir o equilíbrio da investigação, a quantia de casos é paritária, pois é de um caso a diferença entre ambas, conforme fica claro na ilustração abaixo.

⁵⁴ Apelação Criminal n.º 33.667, de 12 de março de 1996. Relator: Álvaro Wandelli; Apelação Criminal n.º 33.667, cuja parecer partiu do procurador de justiça Luiz Fernando Sirydakis.

3.4.3.4 Momento do Delito e da Decisão

Tabela 12 - Momento do Delito

ANO	Fr. Inteira	Fr. %
1990 a 1991	1	5,88 %
1992 a 1993	1	5,88 %
1994 a 1995	8	47,08 %
1996 a 1997	3	17,64 %
1998 a 1999	1	5,88 %
Sem informação	3	17,64 %
TOTAL	17	100 %

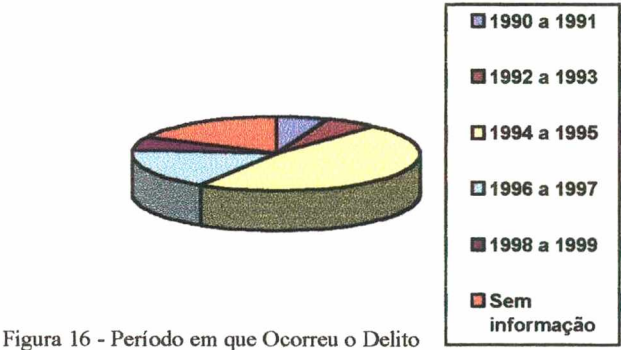
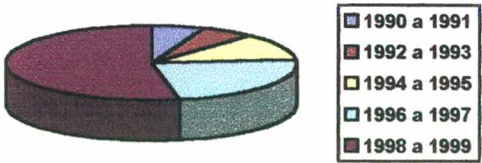


Tabela 13 - Ano da Decisão no Tribunal

ANO	Fr. Inteira	Fr. %
1990 a 1991	1	5,88 %
1992 a 1993	1	5,88 %
1994 a 1995	2	11,76 %
1996 a 1997	4	23,52 %
1998 a 1999	9	52,96 %
TOTAL	17	100 %

Figura 17 - Período em que foi Decidido o
Processo em Segunda Instância



O objetivo deste item é vislumbrar qual foi o período que a criminalização deu-se com maior intensidade. Salta aos olhos que a maioria dos casos (47,08%) ocorreu entre os anos de 1994 e 1996. Urge lembrar que não pode ser afirmado que a partir deste período estas condutas em sociedade diminuíram, pois é baixa a quota de denúncias envolvendo delitos sexuais, ficando a maioria no âmbito da cifra oculta.⁵⁵ Em contrapartida, a maioria dos casos (52,95%) foi julgada entre os anos de 1998 até março de 1999.

3.4.3.5 Tempo Total do Processamento

Tabela 14 - Tempo Total do Processamento

TEMPO (em anos)	Fr. inteira	Fr. %
0 a menos de 2	4	23,52 %
2 a menos de 4	5	29,44 %
4 a menos de 6	3	17,64 %
6 a menos de 8	1	5,88 %
8 a menos de 10	0	0
10 a menos de 15	1	5,88 %
Sem informação	3	17,64 %
TOTAL	17	100 %
TEMPO MÉDIO	3 anos e 4 meses	

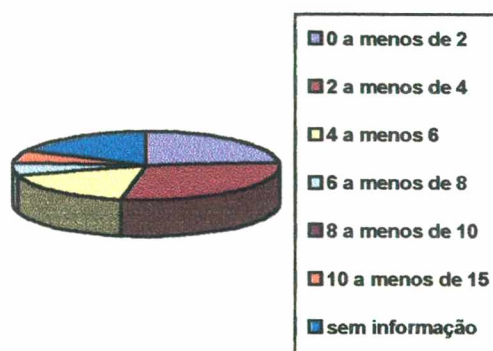


Figura 18 - Tempo Total do Processamento

⁵⁵ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 106.

Este tópico tem por fim demonstrar quanto tempo levou entre a data do delito e a decisão do 2º grau; melhor explicando: pode-se tentar vislumbrar o que isto representou para aqueles que foram envolvidos no flagelo do processo penal, tanto na figura da vítima quanto na do réu.

3.4.3.6 Relacionamento do Réu com a Vítima

Tabela 15 - Relacionamento do Réu com a Vítima

Grau de Relacionamento	Fr. inteira	Fr. %
Desconhecido	0	0 %
Amigo/conhecido	9	52,94%
Namorado	7	41,17%
Cunhado	1	5,89 %
TOTAL	17	100 %

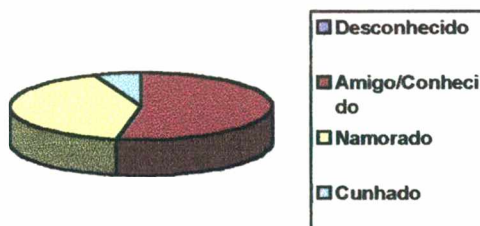


Figura 19 - Espécie de Relacionamento entre Réu e Vítima

O estuprador, pelo senso comum, é aquele sujeito anormal e perigoso, pois a qualquer momento pode atacar a vítima incauta. Para este resta a exclusão social. É interessante notar que as pesquisas empíricas derrubam por terra a imagem

estereotipada do delinqüente sexual.⁵⁶ Todavia, as pesquisas empíricas realizadas em paragens tupiniquins estão demonstrando o contrário. Aquele que figura como réu, por mais das vezes, convive no mesmo teto, ou seja, o lar é o espaço da violência. Pesquisa já acima referenciada concluiu o seguinte:

Perfil-sócio-econômico e racial-étnico das vítimas coincide com o dos réus. Réus e vítimas são parentes, amigos, vizinhos ou conhecidos, na sua maior parte, o que se coaduna com o mencionado acima. Este perfil é revelador, ainda, da incidência da violência sexual doméstico-familiar que vem sendo, nas últimas décadas, mais intensamente desveladas. Inexiste um só tipo de estuprador e o mais comum é o de indivíduos com orientação e vidas normais. Não prevalece, portanto, a idéia de que o estuprador seja necessariamente um "anormal", e, portanto, portador de uma patologia, como muitos acreditavam.⁵⁷

Logo, referente "ao estupro, paulatinamente foi se descobrindo que ocorre com freqüência, que cada homem pode ser um estuprador, que cada mulher poder ser a vítima e que a vítima e o ofensor muito freqüentemente se conhecem".⁵⁸ Nesta ilustração de casos pesquisados, todos (100%) aqueles considerados ofensores eram conhecidos da vítima, boa parte mantendo um compromisso formal de namoro, conforme a demonstração da tabela abaixo. Todavia não houve nenhum caso que envolvesse padrasto e pai.

⁵⁶ Foi de sobremaneira importante para a criação da imagem perversa do estuprador no inconsciente coletivo, as aporias vindas da Escola Positiva Criminal, cujos representantes podem ser exemplificados com os nomes de Enrico Ferri (*Sociologia Criminal*); Raffaele Garófalo (*Criminologia*); Césare Lombroso (*O Homem Delinqüente*). Lombroso, em sua obra publicada no ano de 1851, intitulada *L'Uomo Delinqüente* descreve as características gerais dos estupradores: o olho é cintilante, a fisionomia delicada, os lábios e as pálpebras são volumosos". Cf. LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*, p. 167-172.

⁵⁷ PIMENTEL, Silvia, SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PADJIARJIAN, Valéria. *Op. ci.*, p.202.

⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Violência Sexual e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?*, p. 118.

3.4.3.7 Absolvição e Condenação em Geral

Tabela 16 - Absolvição e Condenação pelo TJSC

Decisão	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	11	64,70 %
<i>Condenatória</i>	6	35,30 %
TOTAL	17	100 %

Figura 20 - Absolvição e Condenação nos Casos de Estupro quando Menor de 14 anos no TJSC

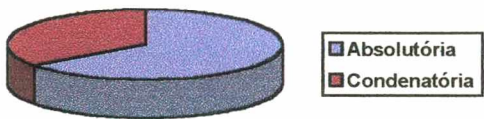


Tabela 17 - Decisão na Primeira Câmara Criminal

Primeira Câmara	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutório</i>	4	50 %
<i>Condenatória</i>	4	50 %
TOTAL	8	100 %

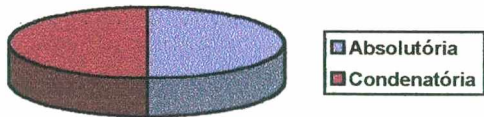


Figura 21 - Absolvição e Condenação na 1ª Câmara Criminal

Tabela 18 - Decisão na Segunda Câmara Criminal

Segunda Câmara	Fr. Inteira	Fr %
<i>Absolutória</i>	7	77,77 %
<i>Condenatória</i>	2	33,33 %
TOTAL	9	100 %

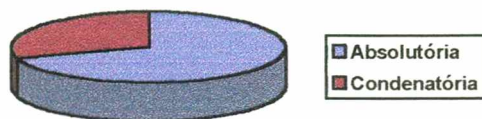


Figura 22 - Absolvção e Condenação na 2ª Câmara Criminal

Nota-se que, enquanto os juízes de primeiro grau criminalizaram as condutas, ora objeto de pesquisa, o Tribunal de Justiça tendeu a flexibilizar a presunção de violência, absolvendo a maioria dos casos (64,70%).

A Primeira Câmara Criminal manteve a média entre os casos absolvidos ou condenados (50%). Já a Segunda Câmara Criminal tendeu a absolver (77,77%) em relação a condenar (33,33%) dos casos analisados, conforme se observa acima, na ilustração.

3.4.3.8 Decisão Devido ao Grau de Relacionamento

Tabela 19 - Decisão do Processo quando o Réu é Amigo/Conhecido

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	6	85,71 %
<i>Condenatória</i>	1	14,29 %
TOTAL	7	100 %

Figura 23 - Decisão do Processo quando o Réu é Amigo/Conhecido

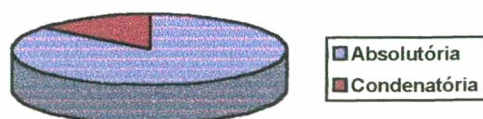


Tabela 20 - Decisão do Processo quando o Réu é Namorado da Vítima

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	5	55,55
<i>Condenatória</i>	4	45,45
TOTAL	9	100 %

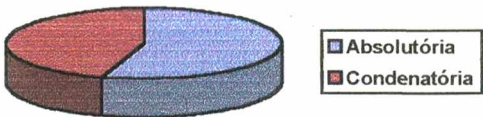


Figura 24 - Decisão do Processo quando o Réu é Namorado da Vítima

Tabela 21 - Decisão do Processo quando o Réu é Parente da Vítima

Decisão	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	0	0
<i>Condenatória</i>	1	100 %
TOTAL	1	100 %

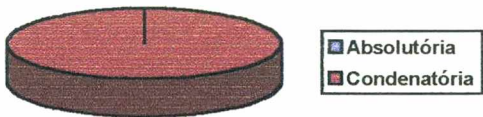


Figura 25 - Decisão do Processo quando o Réu é Parente

Este item serve para ilustrar como foi decidido o caso face ao grau de relacionamento. Deve-se afirmar que não é imprescindível para a decisão do julgador o relacionamento. Se for para absolver, o fato de ser conhecido irá contribuir de maneira terciária para que tal aconteça, tendo em vista que secundariamente observar-se-á a idade da vítima. Em primeiro lugar será analisada a sua honestidade, visto pois a

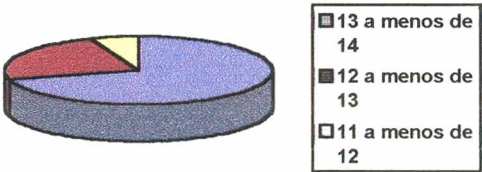
necessidade de saber sobre a *inocentia consilii*. Abaixo dá para observar como foi decidido pelo julgador cada espécie de relacionamento.

3.4.3.9 Idade das Vítimas no Momento do Delito

Tabela 22 - Idade da Vítima no Momento do Delito

Idade (em anos)	Fr. inteira	Fr %
13 a menos de 14	13	70, 58 %.
12 a menos de 13	4	23,52 %
11 a menos de 12	1	5,90
TOTAL	17	100 %

Figura 26 - Idade da Vítima no Momento do Delito



Este item é importante, pois secundariamente, conforme já foi mencionado no item acima, será objeto de consideração por parte do julgador, explícita ou implicitamente. Nota-se que a maioria possuía entre os 13 e 14 anos (70,58%).

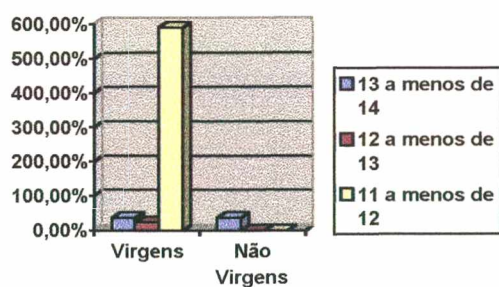
Em seguida se fará o cruzamento da idade com a experiência sexual da vítima, que influenciará sobremaneira no resultado das decisões.

3.4.3.10 Experiência Sexual da Vítima

Tabela 23 - Experiência Sexual da Vítima

	VIRGENS		NÃO VIRGENS	
	Fr. i	Fr. %	Fr. i	Fr %
13 a menos de 14	6	35,29%	6	35,30%
12 a menos de 13	4	23,52%	0	0%
11 a menos de 12	1	5,89	0	0%
TOTAL	7	64,70%		35,30%

Figura 27 - Experiência Sexual da Vítima



Na maioria dos casos analisados a vítima era virgem (64,70%). Das que já eram defloradas possuíam entre 13 e 14 anos (35,30 %).

Abaixo far-se-á a análise da idade com a experiência sexual

3.4.3.11 Decisão Conforme a Experiência Sexual e a Respectiva Idade

Com o cruzamento dos dados a "lógica da honestidade"⁵⁹ ficou desnudada, pois como a *inocentia consilii* ficará preservada se a vítima já foi deflorada sendo, portanto, conhecedora dos assuntos sexuais. Ao mesmo tempo, ao fazer isso para garantir a

⁵⁹ ANDRADE, Vera R. P. *Violência Sexual e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?*, p. 108.

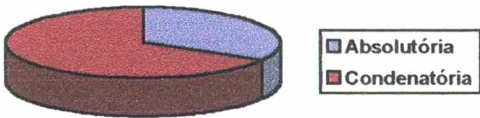
justiça das decisões mostra-se o quão é falacioso o princípio da isonomia.⁶⁰ A prostituta menor de 14 anos, num país em que a prostituição infantil não envergonha a elite dominante, não é igual a menor de 14 anos indeflorada.

Para fins de ilustração, nada melhor que começar a analisar casos concretos. Abaixo estão dois casos que envolveram menor virgem com idade entre 13 e menos de 14 anos, sendo que um foi absolutório e outro condenatório. Além disso, será colocado em tabelas e gráficos a tendência em geral do TJSC os casos que foram objetos de pesquisa.

Tabela 24 - Virgens entre 13 e menos de 14 anos

Decisão	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	2	33,33 %
<i>Condenatória</i>	4	66,67 %
TOTAL	6	100 %

Figura 28 - Decisão quando a Menor era Virgem e tinha Idade entre 13 a Menos de 14 anos



⁶⁰ Art. 5º, *caput* da CF.

1º Caso: Apelação Criminal nº 98.001078-0, da comarca de Quilombo.⁶¹

O réu foi denunciado por ter constrangido uma menor de 13 anos a praticar relação sexual, ocasionando a perda da virgindade dela. "A materialidade do crime restou comprovada através do exame de corpo delito de fls. 07, que atestou ter ocorrido o rompimento himenal". A autoria também é confessa, tanto na fase policial quanto judicial. Em primeiro grau foi condenado a uma pena de 6 (seis) anos de reclusão.

Diz o julgador que, após análise das provas, a menor mentiu a sua mãe que iria passar o final de semana na casa dos avós. No entanto, foi para a casa do namorado, dormindo, na cama deste, por três dias. Por causa disso, os pais foram buscá-la com a presença do delegado de polícia. O relator, lembrando que não duvida da honestidade da jovem (imagine se duvidasse!), observa os seguintes pontos:

- 1 - Caso fosse totalmente ingênua ao tratar de assuntos relacionados ao sexo, não teria aceitado dormir na mesma cama do acusado, pois eram namorados e, conseqüentemente, algo poderia acontecer.
- 2 - Se, na ocasião dos fatos, realmente não tivesse concordado em manter relações sexuais, tendo sido, todavia, constrangida a tal, deveria ter gritado por socorro, pois havia muitas pessoas na casa; no entanto, nas duas oportunidades em que foi ouvida, alegou que não reagiu porque estava com vergonha;
- 3 - Somente saiu da casa do apelante quando sua mãe foi buscá-la, atitude que poderia ter tomado logo após o acontecido, se, como afirmou, fora forçada o que não queria.
- 4 - Caso sua mãe não tivesse ido procurá-la, quem poderá afirmar que eles não estariam juntos até o presente momento, pois, conforme as palavras do próprio réu, tinha a intenção de morar com a menor?

Tudo isso levou a crer que "a vítima consentiu na prática do ato sexual, razão pela qual o apelante deve ser eximido de qualquer responsabilidade a ele atribuída, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal".

⁶¹ Apelação Criminal nº 98.001078-0, de 7 de abril de 1998. Relator: Álvaro Wandelli (2ª Câmara Criminal).

2º caso: Apelação Criminal nº 27.412 ; da comarca de Anchieta

O réu foi denunciado porque, em meados de janeiro de 1988, a menor de 13 anos foi morar com a irmã, esposa do réu, para cuidar da filha do casal. Em 14 de janeiro de 1988, mantiveram relações sexuais, quando a mesma tinha ido buscar verduras para o jantar. O Ministério Público afirmou que a mesma foi constrangida. O réu alegou que não usou de violência nem ameaças, "pois foi a ofendida que o perseguia, que o alisava, que o beijava e passava a mão em suas partes íntimas". O juiz singular, constatando que houve apenas a divergência das alegações do réu, prolatou a decisão condenatória, aplicando a pena de 4 anos e 7 meses.

O julgador do TJSC, observando que as testemunhas não desabonaram a conduta da vítima, e, além disso, somente havendo a divergência do testemunho do próprio réu observou o seguinte:

Esqueceu-se o apelante de que o que a lei tutela não é a virgindade de uma mulher, a sua pureza, a sua ingenuidade ou a sua ignorância a respeito do sexo. O que a lei tutela é a liberdade sexual. (...) não há menor dúvida de que, in casu, a verdade está com as declarações da ofendida e de seus familiares, de que ela era uma menina virgem, como comprova o auto de desvirginamento de fls., série e recatada, comportando-se o apelante como um indivíduo inescrupuloso, de precário estofo moral, que se aproveitou do fato de sua cunhada ter sido convidada para ficar em sua casa para ajudar a irmã a cuidar da filhinha do casal e disso se aproveita para, na roça onde ela foi buscar legumes para o almoço, obrigá-la a com ele manter relações sexuais. (grifo nosso)⁶²

Nota-se como os argumentos são utilizados para defender o posicionamento condenatório. Poderia, diante do caso, acontecer a absolvição pela falta de provas, conforme preceitua o art. 386, VI do CPP. Todavia, não foi isso que aconteceu.

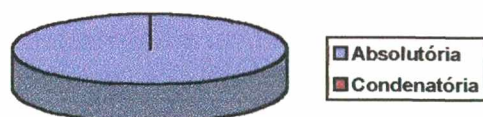
⁶² Apelação Criminal nº 27.412. de 8 de março de 1993. Relator: Ernani Ribeiro (1ª Câmara Criminal).

Quando a menor não é mais virgem e possui idade entre 13 e menos de 14 anos, a tendência será para a absolvição, sendo que vale a pena observar um caso, a título de exemplo.

Tabela 25 - Não mais Virgens entre 13 e menos de 14 anos

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	6	100 %
<i>Condenatória</i>	0	0 %
TOTAL	6	100 %

Figura 29 - Decisão quando a Menor não era mais Virgem e tinha Idade entre 13 e menos de 14 anos



- 3º caso: Apelação Criminal nº 98.012001-2, da comarca de Descanso

O réu foi denunciado porque em 31 de maio de 1998 convidou a menor para passear de carro. Seguiu para uma pedreira e lá, trancando as portas do carro, e munido de um canivete, despiu a vítima e praticou o ato sexual. Processado os autos, o réu foi absolvido pelo juiz singular com base no art. 386, III do CPP; apelação, por parte do órgão acusador. Para justificar a ausência da *innocentia consilli*, na análise dos autos, o relator relacionou uma série de testemunhos, que será transcrito no seguinte:

(...)Aquela de fls.96, também diz que viu a vítima umas duas vezes no bar da Geni, em São Valentim, sendo que seu comportamento não era muito adequado com o das outras meninas, posto que fazia sinais para os rapazes e

"representava se oferecer para os rapazes". M.B., menor ouvindo a fls. 99, também disse que a vítima lhe assediava no ônibus, não tendo comportamento muito convencional, passando-lhe a mão no peito, rosto e ombro; esta situação foi referendada pelo motorista do ônibus que faz a linha da região, Sr. Dervilo (fls. 101), dizendo ele que a vítima "perseguiu" o cobrado, tendo comportamento bastante desregrado em comparação com as outras moças da região, concluindo ter ela comportamento de uma "vagabunda", Apenas para citar, desabonando o comportamento da vítima estaria também o depoimento de fls. 100.⁶³

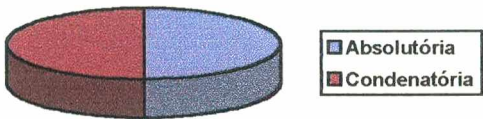
Assim, com base na contradição das provas testemunhais, ocorreu a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, assegurado no art. 386, VI do CPP.

Aqui serão vistos dois casos. Um absolvendo e outro condenando, quando a vítima era virgem e tinha a idade entre 12 a menos de 13 anos.

Tabela 26 - Virgens entre 12 e menos de 13 anos

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	2	50 %
<i>Condenatória</i>	2	50 %
TOTAL	4	100 %

Figura 30 - Decisão quando a Menor era Virgem e Tinha entre 12 e menos de 13 anos



4º Caso: Apelação Criminal nº 30.197, da comarca de Tubarão

O réu foi denunciado porque no dia 5 de março de 1990 fugiu à noite com a menor que constava a idade de 12 anos e 2 meses, levando-a para sua casa e lá mantendo conjunção carnal. Namoravam escondidos há pelo menos 1 ano. O pai,

⁶³ Apelação Criminal n.º 98.005376-5, de 9 de dezembro de 1998. Relator: Jorge Mussi (2ª Câmara Criminal).

encontrando-a, foi ao padre e ao cartório e descobriu que não se poderia realizar o casamento. A autoria e a materialidade ficaram comprovadas, pois o auto de exame de corpo de delito "atesta, no quesito terceiro, ruptura himenal recente, bem como "laceração do intróito vaginal, com sangramento vivo". Instruído o processo, restou o acusado condenado à pena de 4 anos e 10 meses de reclusão. O réu apelou o réu, sendo que o relator observou o seguinte aspecto:

Caso fosse a ofendida realmente "inocente", por que havia namorado escondido com o acusado durante 1 (um) ano? Por que teria escrito tais cartas a José, declarando-se apaixonada e com vontade de conviver com ele? Por que deixaria a janela do quarto aberta à noite, facilitando a fuga? Tudo indica que V., apesar de menor, quis fugir com o acusado, propiciando a fuga e, conseqüentemente, **sendo também responsável por tudo o que veio ocorrer, descaracterizando, assim, a culpabilidade exclusiva do apelante, pois se houve rapto, este, por sua vez, foi consensual, ou seja, de mútuo acordo.** (...) Assim, ante o elenco probatório colacionado, decide-se dar provimento ao recurso para absolver o acusado e vítima namoravam há aproximadamente 1 (um) ano, antes dos fatos e pretendiam se casar, fato este que foi reconhecido pelo próprio pai da vítima, tendo, inclusive, ambos comparecidos no Cartório e na igreja, só não se perfectibilizando o matrimônio por não ter a vítima a idade núbia.⁶⁴

Ex positis, a Câmara conheceu do recurso absolvendo o apelante com base no art. 386, III do CPP.

5º caso: Apelação Criminal n.º 98.005255-6, da comarca de Tubarão.

No dia 25 de novembro, na data em que a menor completara 12 anos, o réu, que no momento era policial militar, foi apresentado a vítima que acompanhava a sua amiga. Todos estavam na casa do namorado da amiga da vítima. Os namorados foram para o quarto manter relações sexuais. O réu e a vítima ficaram na sala, indo mais tarde

⁶⁴ Apelação Criminal n.º 30.197, de 27 de novembro de 1995. Relator: Jorge Mussi (2ª Câmara Criminal).

para o quarto, no qual perpetraram o ato sexual, havendo o defloramento da jovem. Passados dois dias, a mãe e a conselheira tutelar chegaram na casa, sendo que ambos ainda estavam deitados. A menor disse em depoimento que conheceu a amiga na Igreja Universal, há dois meses, e que esta era amiga dos policiais. Condenado o réu apelou. O relator observou o seguinte:

Não paira mais nenhuma dúvida na doutrina e na jurisprudência que nos crimes contra a liberdade sexual, normalmente cometidos às escondidas, longe da presença de testemunhas, as declarações da ofendida, mesmo que menor, se seguras e coerentes, dão lastro necessário para a condenação, ainda mais quando corrobora pelas demais provas colhidas. (...) Alegaram os apelantes que essa presunção não pode prevalecer, eis que a ofendida seria conhecedora dos assuntos relacionados ao sexo. Nada provaram, contudo, não trazendo aos autos nenhum fato que desabonasse a conduta da vítima, **revelando as provas produzidas que, apesar do comportamento rebelde que a menor mostrou ao sair de casa, não há porque duvidar de sua honestidade**, sendo a virgindade evidenciada por sua palavra, sempre firme e coerente e pela constatação da conselheira tutelar de que havia sangue em sua roupa íntima. (grifo nosso) ⁶⁵

Para encerrar, será analisado o caso em que a menor tinha entre 11 e menos de 12 anos, sendo ainda virgem.

Tabela 27 - Virgens entre 11 e menos de 12 anos

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	1	100 %
<i>Condenatória</i>	0	0%
TOTAL	1	100 %

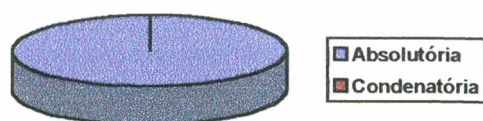


Figura 31 - Decisão quando a Menor era Virgem e tinha Idade entre 11 e menos de 12 anos

⁶⁵ Apelação Criminal nº 98.005255-6, de 9 de junho de 1998. Relator: Paulo Galotti (1ª Câmara Criminal).

6º caso: Apelação Criminal nº 97.015679-0, da comarca de Itajaí.

A 1ª Câmara Criminal do TJSC reexaminou a condenação do réu à pena de 6 anos, cumprida em regime fechado, pois no dia 24 de abril de 1997, levou para a residência de seus pais a menor que continha 11 anos, lá mantendo relações sexuais que provocaram o desvirginamento dela. Diz a vítima, em seu depoimento, que vive maritalmente com o réu, estando grávida de sete meses. Irresignado o réu apelou. O relator aduziu o seguinte:

Nunca é demais lembrar; a função do juiz não é a de mecânico aplicador de leis, mas de juiz de direito. Serenamente deve decidir procurando a realização do bem comum, paz social, da justiça, atividade que nada tem com singela interpretação literal da lei. (...) A lei repressiva ao presumir a violência, sancionando o estupro, protege a liberdade sexual, os costumes, principalmente a *innocentia consilii*. A própria "ofendida" e sua mãe esclarecem que "ofensor" e "vítima", vivem maritalmente, "às mil maravilhas", em união estável. O "ofensor" trabalha. Aguardam o nascimento de um filho. A prisão, separando o casal, *data venia*, representaria a iniquidade, antítese do direito.⁶⁶

Com fulcro no art. 386, III do CPP, foi descriminalizada a conduta do agente.

3.4.3.12 Os Silêncios e as Falas do Tribunal

É interessante notar que nestes julgados preponderou o argumento de autoridade, ou seja, as citações de outro tribunal superior. As citações visando reforçar os argumentos absolutórios eram oriundas do julgamento, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do *Habeas Corpus* nº 73.662-9, de Minas Gerais, datado em 15

⁶⁶ Apelação criminal n.º 97.015679-0, de 18 de agosto de 1998. Relator: Amaral e Silva (1ª Câmara Criminal).

de maio de 1996, da lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello, que escreveu a frase lapidar que aparecerá na maioria dos acórdãos absolutórios do TJSC: "Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos".

Nota-se nitidamente a presença do *second code* nas sentenças absolutórias, tendo em vista a busca do estereótipo da vítima que deve ser "honesta". Nestes casos, a "lógica da honestidade" reproduz o sexismo machista existente no sistema penal.

Em contrapartida, para referendar os acórdãos condenatórios, a citação foi oriunda do julgamento, também realizado pelo STF, do *Habeas Corpus* nº 75.414, de Minas Gerais, datado em 24 de junho de 1997, que diz o seguinte: "Presume-se a violência no crime de estupro quando a vítima é menor de quatorze anos. Não há nos autos qualquer prova de que o consentimento da vítima foi relevante para atenuar o rigor da norma".

Fora a esgrima realizada com os julgados contraditórios do STF através das citações deles nos acórdãos, o réu era "quase" esquecido nos julgamentos absolutórios, não fazendo menção se haviam antecedentes ou reincidência, mesmo para beneficiá-lo, voltando-se a análise para a honestidade da menor, que sofria um verdadeiro julgamento de cunho moral, sendo aprovada ou reprovada. Esse silêncio por parte do julgador sobre o autor justamente se deve ao fato de aqui não existir o estereótipo do estuprador.

Nota-se pelas tipificações mencionadas a presença da ação penal pública condicionada devido à carência material dos pais da menor. Logo, os clientes do sistema penal, nestes casos os processados, fizeram parte de um nicho societário desfavorecido economicamente. Isso quer dizer que nas camadas socialmente favorecidas, tais condutas não acontecem? Acontecem, mas existe a possibilidade de muitas "vítimas de

estupro que não dão parte à polícia poderem ser mulheres de classe média, média alta e alta que, dentre outros recursos, contam, por exemplo, com auxílio psicanalítico".⁶⁷ Outros eventos criminalizáveis que se referem a estas situações problemáticas, devido a repercussão que possa dar no meio em que vivem os autores e vítimas, simplesmente optam por não mexer na ferida.

⁶⁷ PIMENTEL, S., SHRITZMEYER, A L., PANDJIARJIAN, V., *Op. cit.*, p. 276.

Capítulo 4

OS CRIMES CONTRA VALORES CAPITALIZÁVEIS

4.1 FURTO FAMÉLICO

4.2 DESCAMINHO

"A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar dirimir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol, e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida".

Francesco Carnelutti

(Extraído da obra do autor intitulada *Misérias do Processo Penal*, p. 34-35)

4 OS CRIMES CONTRA VALORES CAPITALIZÁVEIS

O presente capítulo está voltado para a análise daquelas condutas que afetam o patrimônio, tanto individual quanto coletivo. A principal característica deste bem jurídico escolhido é a possibilidade de mensurar economicamente a lesão. As condutas que afetam o direito de usar, gozar e dispor do patrimônio individual estão previstas no Título II do Código Penal. Os tipos penais mais conhecidos são o furto (art. 155 do CP), o roubo (art. 157 do CP); o roubo seguido de morte (art. 157, § 3.º do CP), a extorsão (art. 158 do CP), a extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), o dano (art. 163 do CP), a apropriação indébita (art. 168 do CP); o estelionato (art. 171 do CP) e a receptação (art. 180 do CP).

É interessante observar no Censo Penitenciário Brasileiro, tanto no de 1994 quanto no de 1995, que a maioria daqueles que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil foram condenados por furto ou por roubo.¹ Este último diferencia-se do primeiro pelo fato de haver a subtração de coisa alheia móvel com violência. Nota-se, de longe, a importância destes dois tipos penais, os quais pertencem à criminalidade visível,² ou seja,

¹ Vide item desta pesquisa.. Nota-se, no Censo de 1994, por exemplo, que nove tipos penais previstos na legislação representam 89% do total processado pelo sistema penal. Pode-se dizer que é aí que reside a criminalidade visível, tão alardeada pela mídia. São tipos penais que ofendem, respectivamente, o patrimônio, a vida, a saúde pública, integridade física e os costumes. São delitos que ofendem o bem jurídico da pessoa individualizada. No entanto, aqueles delitos que ofendem a coletividade não foram processados com tanta veemência. Cite-se, como exemplo, aqueles tipos penais que ofendem a administração pública, tais como o peculato (art. 312 do CP); a concussão (art. 315 do CP); o descaminho (art. 334 do CP), entre outros.

² O tema da criminalidade visível e invisível foi melhor trabalhado em outra pesquisa de Alessandro NEPOMOCENO PINTO intitulada "*Crime Organizado versus Sistema Penal: a (in)eficácia do sistema penal no combate à criminalidade organizada*", 50 p. Esta pesquisa alcançou o **2.º lugar** no **IV Concurso Nacional de Monografias** promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, sito em Brasília (DF), no ano de 2000, cujo tema foi sobre o crime organizado. A banca examinadora teve como presidente Fernando da Costa

aquela que é regularmente criminalizada pelo sistema penal., pois estes tipos penais não estão imunes como outros congêneres. A explicação disto é que estas condutas lesivas ao patrimônio individual são praticadas pela camada vulnerável da sociedade aos órgãos de repressão penal e facilmente selecionadas pelo controle social formal.

O Estado e, por extensão, toda a coletividade, também será tutelado pela norma penal. O título XI do Código Penal, que trata das condutas que ofendem a administração pública, conterà vários tipos penais visando a proteção do patrimônio coletivo. São, por exemplo, o peculato (art. 312 do CP), o emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP), o contrabando ou descaminho (art.334 do CP). Estes tipos penais fazem parte da criminalidade invisível, que acontece porém, devido à lógica da seletividade existente no sistema penal, não são criminalizadas como as condutas que ofendem o patrimônio individual. Portanto, são delitos cuja característica é a imunização, sendo que a camada social que pode praticar estas tipificações não faz parte do setor vulnerável ao sistema penal.

O interessante é notar que cada bem jurídico tutelado pela norma penal possui uma lógica própria de interpretação, a qual influenciará todos os tipos penais que o compõe. A partir disto foram escolhidos para a verificação dois tipos penais, a saber: o furto (art. 155 do CP), representando os delitos que afetam o patrimônio individual. O descaminho (art. 334 do CP) foi escolhido como representante dos delitos que ofendem o patrimônio coletivo.

Tourinho Neto, juiz do TRF da 1.^a Região, sendo composta pelos seguintes membros: Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Subprocuradora-geral da República; João Otávio Noronha, Consultor-Jurídico Geral do Banco do Brasil; Hilton José Gomes de Queirós, juiz do TRF da 1.^a Região.

4.1 FURTO FAMÉLICO

Aqui investigou-se o delito que, junto com o roubo, perfaz mais de 50% das condenações segundo o Censo Penitenciário Brasileiro. Devido a isso, limitou-se ao furto que poderá ser praticado mediante o estado de necessidade, o qual exclui a ilicitude.

4.1.1 Delimitação do Objeto

Para fazer a limitação da subtração de um bem de valor econômico devido o estado de necessidade foram realizados os seguintes passos:

1º passo: Palavra-chave: Furto;

Número de registros encontrados: 3673.

2º passo: Palavra-chave: Furto Famélico;

Número de registros encontrados: 17.

Como acima exposto, houve 3673 registros de furto. Foram 17 registros de furto famélico, o que significa a percentagem de 0,46% do número total de registros (figura 1).

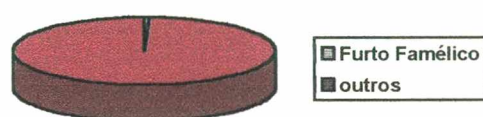


Figura 32 - Proporção entre os Furtos em Geral e o Furto Famélico

4.1.2 Aspectos Doutrinários

O marquês de Beccaria, em sua clássica obra, ponderava que o furto, desde que não acompanhado de violência, deveria ser penalizado com penas pecuniárias, porque quem

procura apoderar-se do alheio deveria ser privado do próprio. Mas como habitualmente esse é o delito da miséria e do desespero, o delito daquela porção infeliz de homens a quem o direito de propriedade (direito terrível e talvez desnecessário) não deixou senão uma existência de privações; mas como, ainda, as penas pecuniárias castigam um número de pessoas maior que o dos delitos, pois que, ao tirar o pão aos celerados, acabam tirando-o aos inocentes, a pena mais oportuna será então o único tipo de escravidão que se possa chamar justa, ou seja, a escravidão temporária dos trabalhos e da pessoa ao serviço da sociedade comum, para ressarcir-la, com a própria e total dependência, do injusto despotismo exercido ao violar o pacto social.³

Com a consolidação do projeto capitalista, o moderno sistema penal deu especial atenção ao patrimônio penalizando com severidade as condutas praticadas contra o mesmo. As legislações penais de todos os países contemplam tipos penais que visam tutelar o coisa que possua valor, seja econômico ou sentimental. Dentre estas condutas está o furto.⁴

O Código Penal brasileiro criminaliza, no seu art. 155, a conduta daqueles que subtraem coisa alheia móvel com a intenção de assenhorear-se desta definitivamente como se fosse sua e sem o assentimento do legítimo proprietário ou daquele que detém a posse. Por isso o "consentimento desfigura por completo o ilícito, já que subtrair uma coisa alheia, com o assentimento do senhor ou possuidor, é tudo menos furto".⁵ Além disso, o sujeito passivo deve ter a consciência de que perdeu a posse. Caso venha a ser a coisa alheia subtraída para

³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 88. Urge lembra que esta obra, publicada em 1764, é um marco clássico da primeira reforma penal, servindo como uma das inspirações as reformas dos códigos penais, dando a feição conhecida pelo moderno sistema penal. Será nela que exsurgirá, por exemplo, o princípio da legalidade, pois o juiz deve decidir de acordo com o disposto na lei; o princípio da proporcionalidade da pena com o dano causado pela conduta. Note que Beccaria propõe de sanção ao furto o que será, na legislação brasileira, a pena de prestação de serviços à comunidade, prevista no art. 43, IV do Código Penal.

⁴ Para saber mais sobre o tipo penal furto vale a pena consultar: BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*, 157-168; BASTOS, João José Caldeira *O Judiciário e a Lei*. p. 6-19, 80-101 e 138-145; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 460-475; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, SILVA JR., José. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: parte especial, vol. 1, tomo 2; p. 2345-2453; *Direito Penal*: parte especial, vol. 2, p. 300-333; KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 69-90; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte especial, vol. 2, p. 199-214; NORONHA, Magalhães E., *Direito Penal*, vol. 2, p. 208-251; JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*, p. 503-526; PRADO, Luiz. Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*, p. 547-556;

⁵ COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 462.

ser usada momentaneamente, sendo ela devolvida antes do proprietário sentir a falta da mesma, configurará o furto de uso (*furtum usus*), que torna a conduta atípica e, portanto, não criminalizada. "O tipo de furto de uso tem elemento subjetivo e objetivo. O elemento subjetivo está no fim de uso momentâneo; o objetivo, na pronta restituição".⁶ A pena para quem pratica o denominado furto simples será de 1 a 4 anos, desde que tenha feita a subtração durante o dia, pois sendo realizado no horário noturno a pena será aumentada com mais um terço (art. 155, § 3º do CP). O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que não possua a coisa ou que não seja proprietário. O sujeito passivo poderá ser tanto a pessoa jurídica quanto a física.

Muitas decisões dos tribunais pátrios entenderam que pode ser objeto de furto os animais, as árvores, os frutos, os minerais, a água, o talonário de cheque. A energia elétrica, por sua vez, está equiparada a coisa móvel, por força do art. 155, § 3º do CP.

A pena dobrará, isto é, será de 2 a 8 anos àqueles que praticarem o furto qualificado pelas seguintes circunstâncias: quando houver a destruição ou rompimento de um obstáculo (art. 155, I do CP); quando abusar de confiança ou realizar a subtração mediante fraude, escalada ou destreza (art. 155, II, do CP), com emprego de chave falsa (art. 155, III do CP); mediante concurso de duas ou mais pessoas (art. 155, IV do CP). Com a aprovação da Lei n.º 9.426, de 24 de dezembro de 1996, foi acrescentado o § 5º que determina a pena de 3 a 8 anos àqueles que subtraírem veículo automotor que venha a ser transportado para o Exterior ou outro Estado da Federação. As penas maiores são aplicadas tendo em vista a maior periculosidade do agente, pois a sociedade tem ser defendida.⁷ Caldeira Bastos observa que o nosso Código Penal concentra excessivo rigor contra o delinquente patrimonial,

⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: 2. vol., p. 309-310.

⁷ Argumentação baseada na ideologia da defesa, já explicada no item 1.1.3 desta pesquisa.

reservando especial predileção com o ladrão comum.⁸ Ao comentar sobre a questão do abuso de confiança observa que tanto o estelionato (art. 171 do CP) quanto à apropriação indébita (art. 168 do CP) são crimes que só se configuram porque, na maioria das vezes, existe a confiança do sujeito passivo.

Ambos mereceram, todavia, melhor tratamento por parte do legislador. Quem poderá negar que este não se deixou impressionar pelo "status" de seus protagonistas, uma vez que não primou pela coerência? Quem poderá negar que o legislador jamais se imagina na pele do ladrão, a quem abomina, pela conotação de aviltamento sócio-intelectual, mas aceita, de certo modo, consciente ou inconscientemente, a imagem refinada do estelionatário e figuras similares? O estelionatário usa roupas finas, tem modos delicados e é capaz de conviver em altas rodas. O ladrão comum pertence à ralé, à classe dos miseráveis. Anda mal vestido e é semi-analfabeto. Assim, se o "golpe" do primeiro atingiu um teto elevadíssimo, mas, descoberto, redundou em nenhum prejuízo à vítima, o juiz pode substituir a pena de reclusão para pena de multa. O mesmo não ocorre com o segundo, nos termos da lei. Benefício dessa natureza é limitado pelo valor - pequeno - da coisa subtraída.

O estelionatário pode convidar um comparsa, para ajudá-lo na empreitada. O delito permanece o mesmo. Se o ladrão comum o fizer ... furto qualificado!

O ladrão comum é rude e rústico. É capaz de destruir ou romper obstáculo à subtração da coisa. O estelionatário não passa de um cavalheiro: os obstáculos que rompe ou destrói (a desconfiança, a defesa psicológica da vítima) pertencem a um nível imaterial, bem mais elevado, portanto.

O ladrão comum é capaz de servir-se de chave falsa, que os intérpretes zelosos logo equiparam, em certas circunstâncias, à verdadeira.

O estelionatário prefere os ardis, as encenações, os artifícios, tudo isso intrinsecamente falso, é verdade, mas de uma beleza, uma capacidade inventiva merecedora, sem dúvida, de uma certa reverência.

O ladrão comum pode também, eventualmente, imitar o estelionatário furtando com fraude. Nunca, porém, chegará aos pés deste. Uma sutil distinção legal o coloca em seu devido lugar: não lhe dá promoção e, ainda por cima, acena-lhe com as penas do furto qualificado.⁹

Urge lembrar que o mesmo raciocínio está presente no julgador que voltará a sua decisão de acordo com a pessoa do autor, conforme ver-se-á na análise dos julgados. Também existe, em contraposição ao furto qualificado, a figura do furto privilegiado, sendo aquele cometido por sujeito ativo primário e cujo bem subtraído é de pequeno valor. Havendo a

⁸ BASTOS, João José Caldeira. *O Poder Judiciário e a lei*, p. 82.

⁹ BASTOS, João José Caldeira, *Op. Cit.*, p. 92. Mesmo não sendo a intenção do autor da dissertação defendida em 1977, fica claro para entender os mecanismos da criminalização primária que, através das leis, expressa a política criminal adotada, com dois pesos e duas medidas, principalmente se aquele que faz a lei não se identifica com a conduta que está aprovando, como já foi explicitada nesta pesquisa no item 1.2.1.

tipificação do agente dentro destes requisitos objetivos legais, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela detenção, diminuí-la de um a dois terços ou, então, aplicar somente a pena de multa. Alguns julgados vêm considerando de pequeno valor aqueles bens que não ultrapassem um salário mínimo; outros se orientam a estimativa do pequeno valor em função das posses da vítima; outros afirmam que não há regra rígida para o reconhecimento do pequeno valor da coisa subtraída, ficando o privilégio a critério do julgador e, por fim, há outros que entendem que o parâmetro é um décimo do salário mínimo vigente ao tempo da prática do fato.¹⁰

Observe-se que nesta vagueza conceitual a discricionariedade do juiz alçará vôos, podendo considerar a coisa de pouco valor, julgando com base no furto simples (art. 155, *caput* do CP), ou então, caso contrário, pelo furto qualificado. E, além disso, o julgador entendendo que o Direito Penal deva ser acionado em último caso, além de levar em conta a mínima lesividade perpetrada ao bem jurídico tutelado pela norma penal, poderá aplicar o princípio da insignificância, o qual foi falado anteriormente¹¹, descriminalizando os crimes de bagatela.

4.1.2.1 O Estado de Necessidade como Exclusão de Ilícitude no Furto

A conduta pode ter típica, mas não antijurídica, pois amparada num dos excludentes de ilicitude previstas no art. 23, incisos de I a III do CP, estes que retirarão a antijuridicidade do ato, impedem a possibilidade da criminalização.

O estado de necessidade é uma dessas excludentes, conceituada legalmente no art. 24, consistindo na possibilidade de alguém praticar um ato tido como criminoso para salvar de perigo atual o seu próprio bem jurídico ou de terceiro, desde que as circunstâncias perigosas

¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*, p. 515.

¹¹ Cf. item 2.4.2.2 desta pesquisa.

não tenham sido provocado por si mesmo e, além disso, sendo impensável pedir o sacrifício do seu próprio direito. Por isso é dito que acontece um conflito de direitos, no qual um vai perecer para o outro sobreviver, já que será sacrificado o direito dentro de hierarquia axiológica.¹²

Num país de contradições sociais, no qual a avenida paulista convive com famílias catando comida nos lixões e até servindo-se de ratos para aumentar a dieta protéica; um salário-mínimo que não supre conforme o mandamento constitucional¹³, as necessidades fundamentais para garantir a dignidade do ser humano; falcaturas multimilionárias¹⁴, divulgadas pela mídia, fora àquelas que são "arquivadas" por quem deveria reprimi-las, faz com que muitos operadores do Direito considerem como furto famélico as várias subtrações realizadas no desespero existencial. E, quando a lesão ao bem jurídico é de pequena monta, aplica o princípio da insignificância.

¹² A hierarquia axiológica de bens jurídicos deve seguir a disposição constitucional expressa no art. 5º do texto magno, sendo que todos terão invioláveis o direito "à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade" Por isso, o furto de carne, remédios, por exemplo, são justificáveis tendo em vista que a vida precede a liberdade, à propriedade dentro desta escala de valores.

¹³ Art. 7º, inciso IV da CF: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição (...) IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família como **moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência** social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim" (grifo nosso). O salário mínimo atual é de R\$ 151,00 (cento e cinquenta e um reais). Todavia, o mesmo será reajustado em maio de 2001 para o valor de R\$180,00. Pior que isto é somente estar desempregado, qual para muitas decisões não presta para excluir a ilicitude diante do ato ilícito praticado, tendo em vista que estado de penúria não se confunde com fome. O problema é que as necessidades vitais não são somente os alimentos, mas também todas as demais necessidades elencadas em nível de direitos fundamentais para preservar a dignidade do ser humano.

¹⁴ Um dos últimos escândalos milionários, que veio à tona no ano de 2000, é referente à construção do novo prédio do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), envolvendo no superfaturamento da obra e desvio de dinheiro o juiz Nicolau dos Santos Neto (ele recebeu a carinhosa alcunha de juiz Lalau) e o ex-senador que foi cassado por falta de decoro parlamentar, Luis Estevão. A quantia envolvida gira em torno de R\$169.000.000,00 (cento e sessenta e nove milhões de reais). Recentemente foi divulgada a fraude na Sudam (Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia). O rombo chega a R\$1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de reais), sendo estes a soma dos desvios apurados em 150 projetos já cancelados e com valores atualizados. "Há ainda 63 projetos sob exame, de modo que o rombo total será ainda maior". Estes dados foram retirados da reportagem feita pelo jornalista Alexandre Oltramari para a *Revista Veja*, n. 15, ano 34, de 18 de abril de 2001. Há documento, na aludida revista, que mostra o envolvimento do senador Jader Barbalho, tendo em vista a sua sociedade com um fraudador acusado de desviar da SUDAM (Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia) o montante de R\$133.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais).

No entanto, haverá julgador que acredita na lei penal como forma de ungüento para males sociais, os quais quando não tratados podem virar câncer. O tratamento é de choque mesmo, ou seja, condene-se. Outros simplesmente lavarão as mãos conformados com este *status quo*, dizendo *dura lex, sed lex*. Raciocinam que se o caso chegou até a fase judicial é porque o réu que está sendo processado não é boa coisa. Não condená-lo é possibilitar o caos social e a insegurança jurídica. No mesmo sentido pondera Caldeira Bastos quando diz que esse "devotamento religioso à lei, justa ou injusta, felizmente não é acatado por todos. Serve a observação para reforçar o entendimento da importância reservada às convicções pessoais do magistrado, as quais decidirão, em última instância se é o caso ou não de curvar-se incondicionalmente ao direito estatuído, nocivo aos interesses sociais".¹⁵

Damásio de Jesus, com base em acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na Apelação Criminal 288.035.686, elenca os seguintes requisitos para considerar a existência de furto famélico: "1º) que o fato seja cometido para saciar a fome ou satisfazer necessidade vital; 2º) que seja o único e derradeiro recurso; 3º) que haja subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência".¹⁶

Todavia, não será considerado o estado de necessidade quando: o sujeito apresenta acentuada tendência para o crime (*JTACrimS*, 56: 153); não se aproveita nem a alegação de pobreza (*RT*, 708: 354) e nem a desemprego(*RT*/721: 450); não existir prova cabal da necessidade (*JTACrimSP*, 36:319, 49:211 e 56:380).¹⁷

¹⁵ BASTOS, J.J.C. *Op. cit.*, p. 143.

¹⁶ JESUS, Damásio. E.. *Op. cit.*, p. 508.

¹⁷ *Idem, Ibidem.*

4.1.3 Ilustração com os Julgados do Tribunal de Justiça Santa Catarina (TJSC)

Aqui será visto como estão sendo decididos os casos que envolvem o pleito pela caracterização do furto famélico, sendo isso feito através da análise de 17 julgados decididos entre janeiro de 1990 a março de 1999.

4.1.3.1 Espécie de Recurso

Todos os recursos interpostos (100%) ao TJSC foram de apelação, tendo em vista que houve a discordância com a sentença do juiz monocrático.

4.1.3.2 Parte Recorrente

Tabela 28 - Parte Recorrente

RECORRENTE	Fr inteira	Fr. %
<i>Ministério Público</i>	1	05,90 %
<i>Réu</i>	16	94,10 %
TOTAL	17	100 %

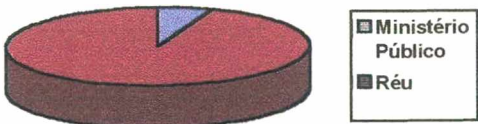


Figura 33 - Parte Recorrente

O inconformismo na sentença prolatada pelo juiz singular partiu, com exceção de um caso, dos réus (94,10 %) condenados. Nota-se, portanto, que a criminalização na primeira instância está acontecendo com severidade, não sendo aceito de primeira mão o furto com a excludente de ilicitude. Houve apenas um caso em que o promotor de justiça recorreu da sentença monocrática absolutória, que vale a pena ser analisada.

1º caso- Apelação Criminal nº 29.954, da comarca de Joaçaba.

Foram denunciados os quatro réus pela infração do art. 155, §§ 1º e 4º, inciso IV, c/c o art. 71, todos do Código Penal. Decodificando, tratou-se de um caso em que os agentes praticaram o furto noturno na forma qualificada, pois atuaram em quatro pessoas e de maneira continuada. Urge observar que nenhum deles possuía maus antecedentes e, muito menos, reincidência. Isso quer dizer que nunca tinham sido clientes do sistema penal. Subtraíram, mediante este acordo de vontades, do Supermercado Zancanaro, os seguintes bens móveis: **10 litros de whisky, 4kg de salame, 10kg de carne, 20 pacotes de biscoitos, uma máquina registradora da marca Dismac e uma calculadora da marca Sharp.**

No outro dia adentraram na Cerâmica Andrade, furtando: **um rádio da marca Sanyo e 6 projéteis de revólver calibre 38.**

Dez dias depois invadiram, à noite, o Supermercado Paisenti, subtraindo: **10kg de arroz, 5kg de açúcar, 3 kg de feijão, um litro de cachaça "51", 2 litros de Coca-cola, um salame.**

Processado o feito no juízo de primeiro grau, um dos réus foi absolvido pelo princípio do *in dubio pro reu*, sendo os demais enquadrados no furto famélico, ou seja, porque foi "reconhecida a ocorrência do estado de necessidade".

Apelada a sentença monocrática, a Procuradoria Geral de Justiça, pede pela condenação. O relator pondera que a autoria e a materialidade estão suficientemente provadas pelos termos de apreensão.

Conclui:

Não há, data vênia, como se convalidar a argumentação expendida pela douta sentença guerreada, da ocorrência de licitude dos autos de Renato, Walter e Sebastião, em estado de necessidade, por furto famélico.

A circunstância de ser encontrarem à época **desempregados por si só não autoriza se concluir que agiram premidos pela fome**, mesmo porque o pressuposto básico ao reconhecimento dessa situação é que a coisa subtraída se individualize à exclusividade em bens destinados à alimentação. E, na espécie, a res furtiva não se constituiu tão-só de lamentos, tanto que os termos de apreensão relacionam bebidas alcoólicas, cigarros e máquinas.

Assim, além de **não comprovado que se encontravam em real estado de necessidade**, suas condutas e os bens subtraídos desautoriza o reconhecimento da figura agasalhado no decisum(...) **Lancem-se os nomes no rol dos culpados**.¹⁸(grifos nossos)

É interessante notar a inversão da prova quanto à presença do estado de necessidade, a qual para o julgador se restringe aos casos de fome. Nota-se no julgado a intolerância, por parte do julgador, referente à agressão ao patrimônio individual; talvez pensando que poderia ser o seu próprio. Pode-se dizer que por causa dessa possibilidade próxima de vir a ser vítima da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, tende-se a reprimir sem condescendência.

Levando-se em conta a primariedade de todos, pode-se achar que foi uma infeliz aventura, influenciada pelo desemprego, que levou alguns a achar que não seriam processados pelo sistema penal, tendo em vista a quantidade de delitos praticados na esfera pública e não processada. Só que todos faziam parte dos setores vulneráveis do nicho societário e, portanto, praticantes daquelas condutas pertencentes à criminalidade visível, as quais são facilmente

¹⁸ Apelação criminal nº 249.954, de 20 de agosto de 1993. Relator: Rogério Lemos (2ª Câmara Criminal)

detectadas e reprimidas. A última frase em **negrito** evidencia uma das perversidades não pensadas pela maioria e que revela a desigualdade social reproduzida pelo sistema penal: sou melhor porque não pequei, por isto não vou para o inferno; você pecou, logo lance o seu nome ao inferno, pois anjo bom você não é. Aí está, baseado no ideário escolástico, a fundamentação dos estigmas, os quais acompanharão *ad eternum* aqueles que não fazem parte do bem.¹⁹

4.1.3.3 Distribuição por Câmara

Tabela 29 - Distribuição por Câmara

CÂMARA	Fr. inteira	Fr. %
<i>Primeira Criminal</i>	5	29,41%
<i>Segunda Criminal</i>	12	70,59%
TOTAL	17	100 %

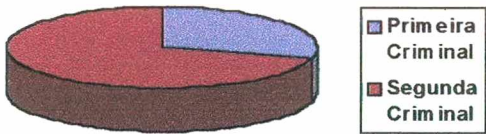


Figura 34 - Distribuição por Câmara

Em contrapartida aos demais objetos anteriormente pesquisados, em que imperou o equilíbrio na distribuição para as duas câmaras criminais, aqui a maioria dos casos analisados (70,59%) foi processado pela Segunda Câmara Criminal, enquanto que cinco deles (29,41%) foram na Primeira Câmara Criminal.

¹⁹ É o princípio do bem e do mal da ideologia da defesa social, já estudado nesta pesquisa no item 1.1.2.

4.1.3.4 Momento do Delito e da Decisão.

Tabela 30 - Momento do Delito

ANO	Fr. inteira	Fr. %
1985 a 1990	2	11,76 %
1990 a 1991	7	41,20 %
1992 a 1993	1	05,88 %
1994 a 1995	3	17,64 %
1996 a 1997	2	11,76 %
1998 a 1999	0	0
Sem Informação	2	11,76 %
TOTAL	17	100 %

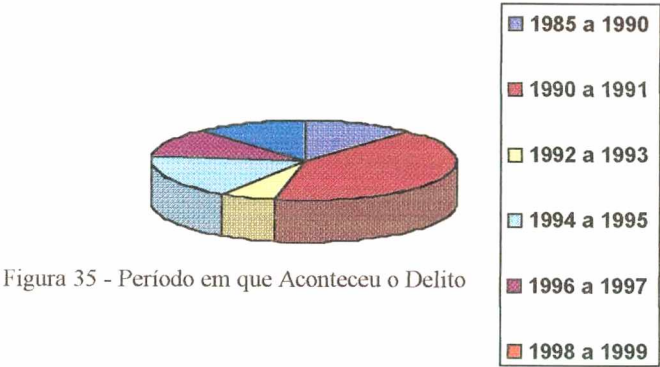
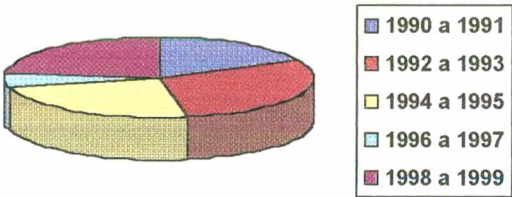


Tabela 31 - Ano da Decisão no Tribunal

ANO	Fr. inteira	Fr. %
1990 a 1991	3	17,64 %
1992 a 1993	5	29,44 %
1994 a 1995	4	23,52 %
1996 a 1997	1	05,88 %
1998 a 1999	4	23,52 %
TOTAL	17	100 %

Figura 36 - Período do Julgamento



Dos casos que versaram sobre a existência do estado de necessidade, a flagrante maioria (41,20%) foi selecionada pelo sistema penal entre os anos de 1990 e 1991. É interessante lembrar que o país, nesse momento, viveu a era Collor, que mergulhou o Brasil num crescente desemprego e desalento, pois houve, inclusive, o confisco das poupanças, levando o fechamento de várias vagas de trabalho. Além disso, assistiu-se uma das mais visíveis rapinagens organizadas ao erário público, através do tráfico de influência (art. 332 do CP), da prevaricação (art. 319 do CP), que quando do escândalo PC-Collor, culminou na *impeachment* e no "homicídio seguido de suicídio" do PC (Paulo César Farias).²⁰

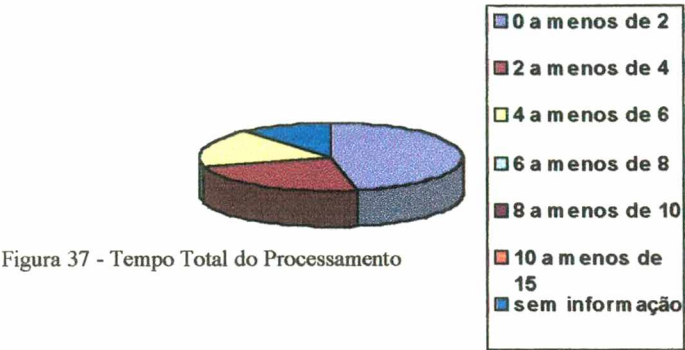
Interessante notar que, se o momento do delito que levou a máquina do sistema a criminalizar foi entre 1990 a 1991. A decisão do Tribunal ocorreu na maioria dos casos (52,96%), entre o período de 1992 a 1994. Portanto, o processamento desses casos foram céleres, o que poderá ser constatado no próximo item.

4.1.3.5 Tempo Total do Processamento

Tabela 32 - Tempo Total do Processamento

TEMPO (em anos)	Fr. inteira	Fr. %
0 a menos de 2	8	47,08 %
2 a menos de 4	4	23,52 %
4 a menos de 6	3	17,64 %
6 a menos de 8	0	0
8 a menos de 10	0	0
10 a menos de 15	0	0
Sem informação	2	11,76 %
TOTAL	17	100 %
TEMPO MÉDIO	1 ano e 8 meses	

²⁰ Cf. FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos negros: PC Farias, Collor, máfias e a história que o Brasil não conheceu*, 415 p. Trata-se de uma obra de investigação jornalística que desnuda a história oficial encontrada nos arquivamentos de inquéritos, denúncias e sentenças que, simplesmente por não chegarem ao fim, dentro da sistemática penal, não existiram os delitos ali descritos, pois não houve a condenação. Com essa investigação de uma pessoa não afeita aos pressupostos teóricos da Criminologia Crítica, consegue-se observar através do relato jornalístico como é o funcionamento do sistema penal. Para uns o rigor da lei, para outros as benesses. E assim vai caminhando a humanidade ...



Fica claramente exposta uma característica destes casos em relação aos demais: são processados rapidamente, na média de 1 ano e 8 meses. É interessante notar que a celeridade não foi a regra nos outros casos estudados. Vislumbra-se, então, que o sistema penal, com a consolidação do capitalismo, "protege" com eficiência o patrimônio. Por isto, a prescrição será muito difícil de ser atingida nos delitos patrimoniais, pois, mesmo que a pena *in concreto* seja de 1 ano, a prescrição dar-se-á em 4 anos (art. 109, V do CP) ou, quando menos de um, aquela acontecerá no prazo de 2 anos (art. 109, VI do CP). A celeridade processual, portanto, contribui para a criminalização secundária do agente nestes casos que versam sobre as condutas lesivas contra o patrimônio individual.

4.1.3.6 Absolvção e Condenação em Geral

Tabela 33 - Absolvção e Condenação pelo TJSC

Decisão	Fr. Inteira	Fr. %
Absolutória	1	05,90 %
Condenatória	16	94,10 %
TOTAL	17	100 %

Figura 38 - Decisão dos Processos Envolvendo Furto Famélico

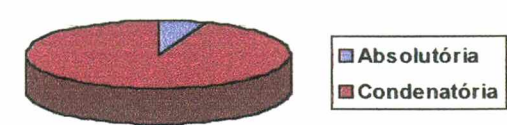


Tabela 34 - Decisão na Primeira Câmara Criminal

Primeira Câmara	Fr. Inteira	Fr. %
Absolutória	1	20 %
Condenatória	4	80 %
TOTAL	5	100 %

Figura 39 - Decisão da 1ª Câmara Criminal sobre Furto Famélico

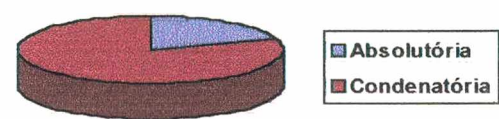


Tabela 35 - Decisão na Segunda Câmara Criminal

Segunda Câmara	Fr. Inteira	Fr %
Absolutória	0	0 %
Condenatória	12	100 %
TOTAL	12	100 %

Figura 40 - Decisão da 2ª Câmara Criminal sobre Furto Famélico



A tendência nestes casos analisados foi para a criminalização (94,10%), tendo em vista que apenas um caso (5,90%) obteve o reconhecimento da excludente de ilicitude.

É interessante, a título de exemplificação, notar que houve na *apelação criminal* n.º 27.044, da Comarca de São José-SC, o parecer descriminalizador do procurador de justiça que opinou pela absolvição, pois entendia que havia meros atos preparatórios. O Tribunal, tendo em vista que era discussão técnico-jurídica quanto à demarcação da linha divisória entre preparação e início da execução, inclusive afirmou "que nosso legislador não definiu a área de significado central do conceito, preferindo que a matéria ficasse em aberto, em nível dogmático".²¹

Ora dizendo isto, é o mesmo que falar o seguinte:

- Absolver ou condenar vai depender do meu entendimento e não do seu, isto é, de minha discricionariiedade cujo limite está na possibilidade que tenho de justificar tecnicamente a minha posição.

Neste conflito de poder quanto ao início ou não da execução, na dúvida, "paulada no réu", principalmente quando este "era foragido da Penitenciária do Estado, estava com fome mas não chegou a utilizar nenhuma mercadoria antes de efetuada a prisão". Por ter adentrado num frigorífico, e ter sido surpreendido pelas autoridades policiais, o réu foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, mais 15 dias-multa por ofender o art. 155, § 4.º, inciso I e II c/c o art. 14, II, isto é, tipifica o furto qualificado tentado. O Tribunal, apesar de tudo, condena, mesmo contra a opinião do Procuradoria Geral de Justiça, porém diminuindo a pena aplicada pelo juiz singular, porque este não aplicou a diminuição de 1/2 a

²¹ Apelação criminal, n.º 27.044, de 17 de maio de 1991. Relator: José Roberge. (2ª Câmara Criminal).

1/3 previsto no art. 14, parágrafo único do CP. Restou ao criminalizado a pena de 1 ano e 9 meses de reclusão e 10 dias-multa.

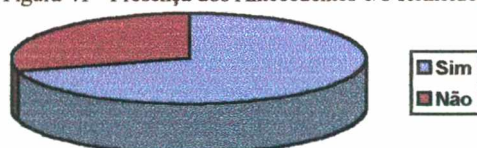
A Segunda Câmara Criminal que teve a maioria dos julgados, condenou a todos, conforme pode ser observado acima (tabela 35 e figura 41).

4.1.3.7 Decisão do Processo de Acordo com os Antecedentes e/ou Reincidência

Tabela 36 - Sobre a Existência de Antecedentes e/ou Reincidência Criminal

Decisão do TJSC	Fr. inteira	Fr. %
<i>Sim</i>	12	70,58 %
<i>Não</i>	05	29,42 %
TOTAL	17	100 %

Figura 41 - Presença dos Antecedentes e/o Reincidência



Dos casos julgados a maioria dos réus (70,58%) possuía antecedentes ou então reincidência, quando não os dois. Para Francisco Bissoli Filho, tanto os antecedentes quanto à reincidência funcionam como estigmas da criminalização, isto é, a cicatriz de ter praticado um delito vai acompanhar o criminalizado para o resto de sua existência, passando as agências de poder do sistema penal a tratá-lo de forma diferenciada.²²

²² Cf. BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*, 230 p.

Os antecedentes são todos os episódios, comportamento ou condutas, próximos ou remotos, positivo ou negativo, da vida individual, familiar, militar, profissional, intelectual e social do sujeitos,²³ situações estas que possam interessar a avaliação do sujeito ativo do crime e daquele que o praticou, sendo usado pelo julgador para arbitrar a pena, conforme preceitua o art. 59 do CP.²⁴ A reincidência, por sua vez, oriunda do latim *recidere*, significando recair ou repetir o ato. No sentido jurídico isto quer dizer que o sujeito ativo voltou a cometer qualquer outro delito previsto na legislação, perfazendo a chamada reincidência genérica. Se o sujeito ativo cometer o mesmo delito pelo qual já foi condenado em sentença transcrita em julgado, acontecerá a reincidência específica. Observa Zaffaroni e Pierangeli que os "arts. 63 e 64 consagram, como agravante, a reincidência, e o art. 67 estabelece que, em caso de concursos de circunstâncias agravantes e atenuantes, a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes a se tomar em consideração".²⁵

²³ *Idem*, p. 59. O autor lembra que os antecedentes foram expressos textualmente no Código Penal de 1940. Mas as Ordenações Filipinas, que vigoraram a partir de 1603, trazia a preocupação com a vida anteacta daqueles que praticaram um delito. Será desta época o surgimento das "folhas corridas", as quais eram solicitadas ao corredor de folhas, este que era um funcionário que corria nas escriturarias na busca da certificação se havia crimes em aberto. Além disso, o autor relaciona, nas páginas 62 e 63, o que a dogmática penal hodierna considera como antecedentes: "a) inquéritos policiais arquivados; b) inquéritos policiais em trânsito; c) inquéritos policiais com julgamento da extinção da punibilidade do indiciado; d) processos judiciais em trâmite; e) processos judiciais já julgados com absolvição decretada por insuficiência de provas; f) processos judiciais já julgados com condenação em primeiro grau ainda não transitada em julgado; g) processos judiciais com julgamento da extinção da punibilidade do acusado (salvo se for motivada pela prescrição da pretensão executória, por não impedir esta os efeitos da reincidência); h) processos judiciais com penas já cumpridas, cujo prazo ultrapassar o previsto para os efeitos da reincidência; i) processos administrativos ou fiscais em trâmite ou arquivados; j) infrações disciplinares civis ou militares; l) processos civis de suspensão ou destituição de pátrio poder, tutela ou curatela; m) condenações em processos civis de separação judicial ou divórcio; n) condenação em processos de insolvência civil ou falência fraudulenta; processos de apuração de ato infracional tramitados perante o Juízo da Infância e Juventude; p) a inclinação ou repugnância para o trabalho ou outras atividades honestas, a conduta como pai, esposo, filho amigo, as relações sociais, atenção manifestada no lar, assistência e carinho dispensados à família".

²⁴ Art. 59 do CP: "O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (...)"

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, p. 840. Quanto aos efeitos da reincidência, os autores, na página 847, afirmam que "esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão *do sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I), aumento, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II), interrompe a prescrição (art. 177, VI), impede a

Como se observa, tanto os antecedentes quanto à reincidência farão parte da biografia do autor, o que expressa a sua maior periculosidade, acepção oriunda da Escola Positiva Criminal. Então, do "Direito Penal do fato" passamos ao "Direito Penal do autor". Não se está mais preocupado com a conduta e o resultado, mas sim o autor e sua periculosidade, que deve ser reprimida através da pena. Ambas acepções convivem hoje em nossa dogmática penal, produzindo efeitos deletérios e legitimando, o último, os sancionamentos gravosos para defender a sociedade.

Maria Lúcia Karam alude que os bons antecedentes "constitui inaceitável manifestação do chamado direito penal do autor. Toda responsabilidade penal e, evidentemente, aí está incluída a medida da pena - deve ser estabelecida unicamente em função do desvalor das características da conduta realizada e não de características pessoais do autor, como são a primariedade e os bons antecedentes".²⁶

No mesmo sentido afirma Lenio Streck:

Na prática, porém, criou-se a distinção informal entre o "direito penal do fato" e o "direito penal do autor", com predominância deste último, ou seja, acusa-se e defende-se o indivíduo não pelo fato criminoso que cometeu, mas pelo que ele, efetivamente, representa na tessitura social. (...) Esse tipo de procedimento exercido é exercitado exatamente porque o Direito Penal e o Processual Penal estão inseridos em uma sociedade desigual, na qual, *se o indivíduo tiver bons antecedentes, conduta ilibada, etc., enfim, se se enquadrar dentro dos chamados padrões das camadas dominantes, terá maiores possibilidades de ser absolvido do que alguém tido ou classificado como desviante*.²⁷

É o que acontece nestes casos aqui analisados. Não fazem os réus parte da sociedade tida como normal, correta, conforme será visto abaixo através da observação de

substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II), provoca a conversão da pena substitutiva em pena privativa de liberdade (art. 45, I)". Todos os artigos citados são do Código Penal.

²⁶ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*, p. 79.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri*, p. 149.

alguns julgados. Logo, será criminalizado alguém não pelo que se fez, mas sim pelo que se é, o que leva autores como Eugenio Raul Zaffaroni e Francisco Bissoli Filho opinar pela abolição destes dois institutos jurídicos.

A tabela 36 mostra que quase 30% dos casos eram primários e sem anotação sobre os seus antecedentes. Mas, mesmo assim, houve a condenação. É bom observar que mesmo tipificando o furto privilegiado, haverá a criminalização e com ela seus efeitos. Basta notar que se um dia o criminalizado cair novamente nas redes do sistema penal, seja pelo mesmo delito ou outro, não terá mais a primariedade. Portanto, a partir da condenação o sujeito ficará estigmatizado com a pecha de criminoso. Por isso, o ato de condenar deve ser tratado com muito cuidado pelo julgador que, às vezes, ingenuamente, pensa que condenando estará cumprindo a lei e seu dever de defesa da sociedade. O perverso é que o mesmo não se apercebe que está criando um círculo vicioso: se não é mais primário, então, como pode ser escutado nos bastidores do fórum, passará a ser "figurinha carimbada". Com percuciência, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que o sistema penal promove as carreiras criminais. Isso se dá porque,

particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do "bode expiatório". Induvidosamente, isto constituiu uma inqualificável violação dos Direitos Humanos, e o sistema penal, ao insistir com a pena, nada mais faz do que engrossar esse rol, e até leva o indivíduo à destruição.²⁸

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, p. 76.

Tabela 37 - Decisão do TJSC com a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência

Decisão do TJSC	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	01	08,33 %
<i>Condenatória</i>	11	91,67 %
TOTAL	12	100 %

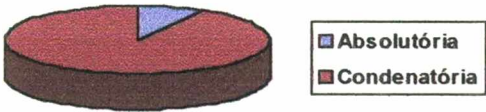


Figura 42 -
Decisão com a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência no Furto Famélico

Neste momento serão analisados dois casos que não possuíam ainda nem antecedentes e nem reincidência, sendo um que foi a exceção que absolveu e outro que condenou, observando o que está implícito nas entrelinhas. O relator é o mesmo, só fatos e autores diferentes:

1º caso: Apelação Criminal nº 28.749, da comarca de São Lourenço d'Oeste:

Trata-se da apelação impetrada pelo réu que foi condenado a pena 1 (um) ano e 1 (mês) de reclusão e de 10 (dez) dias-multa, por ter infringido o art. 155, c/c o art. 61 (circunstância agravante devido a reincidência) e 65, III (circunstância atenuante por ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do delito), todo artigos do CP. O fato importou na subtração de **carne bovina na quantidade 3kg**.

O relator absolveu o réu com base no pedido pleiteado no sentido de haver o estado de necessidade. O próprio Procurador de Justiça Hélio Sacilotti opinou pela absolvição. Construiu o relator o seguinte raciocínio:

Na verdade, inobstante tratar-se de reincidente, no mesmo tipo penal, não pode o julgador, diante da situação atual, em as pessoas com sérios indícios de envolvimento em desvio de dinheiro público, onde as cifras alcançaram a estratosfera, como se poderia condenar um desempregado que furta três quilos de carne? **A Lei é dura, eu sei, mas será igual para todos? Pode-se, de são consciência condenar o ato praticado pelo apelante? Perigoso, diriam os exegetas. Mas a justiça não pode ser cega, a ponto de esquecer a conjuntura atual, a situação dos autos, sob pena de burrice.** (grifo nosso)

O caso é de furto famélico, conforme bem declarou o réu, e que utilizou-se da fronha para poder carregar a **res furtiva** até o local onde pretendia consumi-la.

Aliás, tal situação ressemebra (sic) dos autos, porque ninguém subtraiu uma certa quantia de carne, para acrescentar a seu patrimônio. Pela natureza da mercadoria, e sua quantidade, flagrante que teria como destinação, o consumo do apelante.

Assim, embora reincidente, não há como considerar-se o apelante; que agiu sobre a excludente do estado de necessidade.

Por isso, conhece-se do recurso, dando-lhe provimento.²⁹

Houve o voto vencido do desembargador Márcio Batista. O que foi citado no texto é quase toda a fundamentação contida no acórdão. Nota-se a inexistência de fundamentação técnico jurídica, ou seja, a análise do caso pelo viés dogmático. O que foi feito sim, é a argumentação de cunho retórico, ponderando que existem escândalos não resolvidos, o que deixa claro que a lei não é igual para todos e que a condenação neste caso, seria um "ato de burrice". O interessante é que o voto vencido foi chamado de burro, o que nos leva a concluir que a palavra tanto salva quanto mata. É necessário ter cuidado com o vernáculo, o que está faltando para muitos operadores no Direito. Abaixo veremos outros casos do mesmo relator, seis meses depois, condenando.

²⁹ Apelação Criminal n.º 28.749, de 14 de setembro de 1992. Relator: Sólton d'Eça Neves (1ª Câmara Criminal)

2º caso: Apelação Criminal nº 27.263, da comarca de Lages:

Foram três os criminalizados pelo furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 155, § 1º, IV), c/c o art. 71 (crime continuado). Os três vivem numa casa de taquara, a custa de favor. Sem profissões, ainda que vivendo da terra, passaram a **abater uma vaca ou outra**. As miudeza, vísceras, couros eram abandonados ou enterrado. As outras partes faziam carne seca, vendendo o restante para outros dois denunciados pelo crime de receptação (art. 180, § 1º do CP), estes que "pelas condições em que se apresentavam os três primeiros denunciados, não podiam ignorar a origem ilícita da mercadoria paga em dinheiro e trocado por gêneros alimentícios. (fls. 02/03)". Restaram aos três criminalizados a aplicação das penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fato. Apelaram alegando o estado de necessidade com excludente de ilicitude. O relator construirá, para negar o pedido, o seguinte raciocínio:

Os apelantes pretendem, em singela petição, a absolvição sob argumento que praticaram furto famélico e, por estarem desempregados, furtaram diversas cabeças de gado, consumindo parte da carne e vendendo parte dos animais.

A fome, evidentemente, não pode ser provada voluntariamente pelo autor do furto, como também é inevitável. No entanto, pelos autos se constata que os apelantes viviam numa área de terra, disponível, nada impedindo que dela tirassem sua sobrevivência. Porém, imperou a lei do menor esforço, que tem gerado a vida desse País, de futuro outrora glorioso. **Todos querem levar vantagem e sempre pelo lado mais fácil. A classe menos favorecida, utiliza tal situação para receber benesses e favores. Roubamos, depois se alega que somos pobres, estávamos com fome, que alguém vai se condoer de tal situação, e não vai faltar um político ou agremiação política para nos proteger. Que triste realidade nacional.** (grifo nosso)³⁰

É o mesmo relator com argumentação diferenciada. Há seis meses atrás, as suas alegações beiravam ao discurso do estilo "pai dos pobres" e, agora que o objetivo é condenar,

³⁰ Apelação Criminal n.º 27.263, de 5 de março de 1993. Relator: Sólton d'Eça Neves (2ª Câmara Criminal).

a sua fala, que é colocada em boca alheia, regurgita um ódio por aquela gente miserável que rouba (tecnicamente é isto que quis ser dito?), depois alega que é pobre para alguém dar "sopinha na boca"! Ora, são argumentos exclusivamente de cunho retórico que mostra nitidamente a influência da ideologia do julgador, com sua formação moral, religiosa, política que, na hora de decidir por um ou por outro, escolhe o que mais o seu "coração" lhe dita.

Aqui será analisado um caso, a título de ilustração, que contou com a presença dos antecedentes e/ou reincidência.

Tabela 38 - Decisão do TJSC sem a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência.

Decisão do TJSC	Fr. inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	0	0 %
<i>Condenatória</i>	12	100 %
TOTAL	12	100 %



Figura 43 - Decisão sem a Presença dos Antecedentes e/ou Reincidência

1º caso: Apelação Criminal n.º 26.305, da comarca de Timbó.

Foi criminalizado nas sanções do art. 155, § 1º, c/c art. 71, *caput* do CP, porque no dia 22 de julho de 1985, o réu foi **flagrado furtando galinhas** do Hospital Dom Bosco. Além disto, em data anterior, subtraiu do mesmo local um **furadeira da marca Bosch**, **três brocas** e uma **furadeira manual**. Salientam que o mesmo vinha já fazendo

visitas ao galinheiro, tendo dele retirado em torno de **26 aves**. Foi condenado a pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa, com *sursis*, por 2 anos, tendo em vista os seus bons antecedentes e primariedade. Apelou pedindo a absolvição devido a presença excludente de ilicitude e, alternativamente, o perdão judicial. Foi negado o apelo através do seguinte raciocínio:

Irresignado com a decisão que lhe foi adversa, o acusado apelou, perseguindo, primeiro, a absolvição, sob o fundamento de que a sentença de primeiro grau não lhe fez justiça, e segundo, objetivando a concessão do benefício do perdão judicial, uma vez que, segundo alega, diante do fato de estar "recuperado e totalmente regenerado, sem qualquer possibilidade de reincidir no erro", sua condenação "não mais atende ao interesse jurídico e social. (...) Nenhum reparo está a merecer a sentença recorrida que, analisada a prova coletada, concluir, acertadamente pelo reconhecimento da responsabilidade penal do apelante. (...) A conduta do acusado deu-se, inegavelmente, durante o repouso noturno e em continuidade delitiva, não servindo com causa excludente de sua responsabilidade e imputabilidade penal, a alegação de ter praticado os delitos por necessidade e quase sempre em estado de embriagues, por rechaçar a figura do furto famélico o elevado número de subtrações empreendidas pelo acusado, **que apresenta inclinação para o tipo descrito nos autos**, e, segundo, por decorrer a embriagues de ato voluntário do acusado.³¹

Conforme foi visto, o que está sendo julgado é o autor e sua inclinação para o crime. Se está no mundo, no crime ficará. Este é o destino! Destino escrito, todavia, pelas tintas da seletividade do sistema penal.

4.1.3.8 Situação Empregaticia do Réu

Tabela 39 - Situação dos Casos em Geral com a Variável Emprego

Decisão	Fr. inteira	Fr. %
Empregado	01	05,88 %
Desempregado	05	29,42 %
Sem informação	11	64,70 %
TOTAL	17	100 %

³¹ Apelação Criminal nº 26.305, de 5 de outubro de 1990. Relator: Alberto Costa (2ª Câmara Criminal).

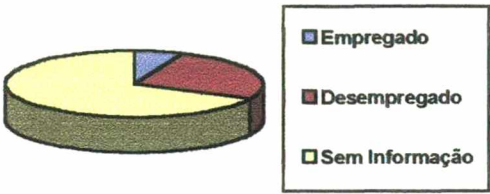


Figura 44 - Casos em Geral e a Variável Emprego

Tabela 40 - Situação Empregatícia dos Casos que Apareceu a Variável

Situação Laboral	Fr. inteira	Fr. %
<i>Empregado</i>	1	16,67 %
<i>Desempregado</i>	5	83,33 %
TOTAL	6	100 %

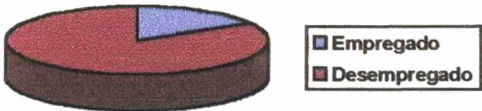


Figura 45 - Situação Empregatícia

Nos 17 casos, a maioria (64,70%) não possuía nenhuma referência a situação empregatícia por uma razão simples: interessa para a devida subsunção do caso a norma penal, a autoria e a materialidade consubstanciada e, além disso, secundariamente, ver se o processado é "boa coisa" através da verificação dos antecedentes e da reincidência. Por dedução, conclui-se que estes, em boa parte, ou toda, não estava empregada.

Houve seis casos (35,30%) que possuíam a informação sobre a situação laboral do criminalizado. Apenas em um caso o processado estava empregado, enquanto que 5 deles

estavam desempregados. Em relação, aos casos explícitos sobre a situação empregatícia, conclui-se que a maioria (83,33%) estava desempregada. Todavia, seguindo a tendência geral dos tribunais tupiniquins, a situação de ter ou não emprego é irrelevante para o processo, pois os fatos persistiram e não se justifica a lesão ao bem jurídico - diria alguém cauteloso com a segurança jurídica. É bom observar que dos seis casos relacionados todos sofreram a condenação.

Para exemplificar, aqui serão analisadas as razões de uma apelação criminal, a qual é a regra orientadora da variável emprego, aqui estudada.

1º caso: Apelação Criminal nº 29.983, da comarca de Brusque:

Houve a criminalização porque o agente subtraiu no dia 21/12/91, após quebrar o vidro da janela, os seguintes bens móveis: **aparelho de som, duas caixas de som, uma máquina fotográfica com *flash*, dois relógios de pulso, dois óculos** e, por último, **três talonários de cheques**. Instruída a ação penal, aconteceu à condenação a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, estando tipificada a conduta no art. 155, *caput* do CP, ou seja, furto simples.

Apelou o criminalizado alegando que estava desempregado e o ato foi único, tanto que se embriagou para tomar coragem, pois a sua família precisava ser alimentada. Por isso, solicitou a exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade, lembrando ao julgador o quão desproporcional é o seu julgamento em face ao grandes escândalos nacionais, sendo que atualmente encontrava-se empregado. Os argumentos foram analisados pelo relator, o qual elaborou a seguinte fundamentação para reiterar a condenação:

Ainda que o recurso não se atenha ao mérito da causa propriamente dita, a autoria é confessada e o produto da subtração devidamente apreendido, além da prova testemunhal produzida nos sentido da autoria atribuída ao apelante. A figura delituosa em que foi denunciado não prosperou pela divergência da prova, pois enquanto que a perícia comprovou o arrombamento, a vítima informa que nada de anormal foi notado. A saída encontrada pelo magistrado sentenciante foi dar dúvida em favor do réu, condenando-o na figura do furto simples.

Pretende a defesa a absolvição do acusado, em razão de que o delito foi cometido por ato de desespero, sinalizando com a embriaguez e o estado de necessidade.

Ainda que deva ser registrado o esforço da defesa, a embriaguez de que se trata não se enquadra naqueles estados de inimputabilidade ou imputabilidade relativa, de que tratam os parágrafos 1º e 2º, do art. 28 do Código Penal. A embriaguez, confessada, inclusive, é exatamente a prevista como agravante genérica, ou seja, a embriaguez preordenada (art. 61, II, I do CP).

Pertinente ao estado de necessidade, não há como agasalhar a tese empreendida, por absoluta falta de nexos. **Não há situação de necessidade que possa acobertar um delito.** O que acoberta o estado de necessidade é a produção de um fato (que pode ser típico) para salvar de perigo atual que não provou nem podia evitar. Não é o caso a toda evidência. Por fim, poder-se-ia estar diante do furto denominado famélico. **Não se ajusta à hipótese, em razão de que os objetos furtados não se prestam a satisfação da necessidade vital (comida, roupas, por exemplo). (...)**

Por fim, o registro dos **grandes escândalos nacionais**, aventados pela defesa, ainda que inegavelmente tenham ocorrido e estejam acontecendo, **não cabe aqui a sua análise**, seja porque não estão em julgamento, nesta oportunidade tais infrações, seja porque alguns dos casos narrados estão sub judice, ignorando-se o resultado, especialmente no que se refere à prova amealhada, com vistas ao julgamento, que não está na alçada desta Corte. Por tais razões, nega-se provimento ao recurso, assinalando, por oportuno, que o fato de estar com a pena suspensa (sursis), não impede o apelante de exercer os seu emprego, eis que o próprio objetivo do benefício é assegurar ao condenado a continuidade de sua vida produtiva e a manutenção da unidade familiar.(grifos nossos)³²

Portanto, se pecou deve expiar os seus males, sendo que, no caso acima relatado, até a justiça criminal foi benevolente, pois a denúncia o enquadrava no furto qualificado e a condenação deu-se na figura do furto simples.

Estar desempregado e cometer delitos em estado de desespero, não permitem concluir que houve o estado de necessidade. O problema causado pela condenação que, às vezes, é olvidado por quem está trabalhando diuturnamente no sistema penal, são os estigmas produzidos e que acompanharão o criminalizado pela sua existência.

³² Apelação Criminal n.º 29.983, de 21 de junho de 1994. Relator: Cláudio Marques (1ª Câmara Criminal).

4.1.3.9 As Falas e os Silêncios do Tribunal

Nestes julgados, conforme já foi aventado acima, deixou explícita a vocação pelo direito penal do autor quando o bem jurídico é o patrimônio. Demonstra-se a exaustão o rol dos bens que foram subtraídos. Além disso, quando principalmente para condenar, os antecedentes e a reincidência são lembrados ao longo do acórdão, no afã de demonstrar a inclinação de sujeito ativo do crime.

Como deu para notar, a delinquência patrimonial são praticadas por aquela clientela esperada pelo sistema penal, que possuem as características próprias daqueles nichos societários desfavorecidos. Aqui o estereótipo do ladrão é confirmado em cada vez que diz que o autor tem a personalidade íncita ao crime. Fica claro a reprodução da desigualdade social através do controle formal destas condutas pois, aquele que uma vez foi pego, foi porque era vulnerável ao sistema. Sendo uma vez, tem grandes chances de ser outras vezes. Então, nota-se que o sistema penal é nitidamente classista. E o julgador, conscientemente ou não, vai continuando a manter este *status quo*.

Parece até que o próprio julgador, sabendo da severidade de norma penal que tutela o patrimônio individual, quer justificar para si mesmo a necessidade de aplicar com severidade a punição. Principalmente, terá que fazer este exercício se começar a observar os grandes escândalos nacionais que acabam em "pizza". O problema é quando acredita que se todos fossem severos como ele próprio, através do sistema penal a criminalidade diminuiria. Por isso as suas decisões com rigorismo desmedido para que sirvam de exemplo. Só o tempo e o conhecimento da real operacionalidade do sistema penal e, por extensão, da própria sociedade pode dar alívio a angústia existencial de quem acredita nas promessas que jamais conseguirá vê-las concretizadas.

As decisões pesquisadas, em sua maioria, silenciaram-se a respeito da situação social dos processados, os quais despossuídos economicamente, como deu para observar. Em alguns julgados que apareceram este dado, simplesmente foi alegado que o estado de miserabilidade deve ser provado pelo réu e não justifica o delito. A relação familiar é simplesmente olvidada.

4.2 DESCAMINHO

O descaminho é um delito previsto no art. 334 CP, cuja pena pode variar de 1 a 4 anos, sendo em dobro aplicada se realizada por via aérea (art. 334, § 3º do CP). Tem por fim tutelar a administração pública daqueles que sonegam o pagamento de tributo, direito ou valor devido a entrada ou saída do território nacional de mercadoria lícita. Este tipo penal faz parte daqueles que atingem um sujeito passivo coletivo, não figurando no rol dos delitos severamente processados pelo sistema penal.

4.2.1 Delimitação do Objeto

Por ser um delito processado pela Justiça Federal, conforme preceitua o art. 109, incisos I a IX da Constituição Federal, pois ofende bem jurídico da União³³, foi necessário buscar outra fonte primária de pesquisa, tendo em vista que o CR-ROM apenas possui os julgados do TJSC. Para tanto, foi executada a garimpagem de acórdãos publicados na seção

³³ Da CF: "art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...) IV - os crimes políticos e as **infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União** ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

(...) VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a **ordem econômico-financeira**;" (grifos nossos).

de "Jurisprudência Geral Penal - TRFs" da Revista dos Tribunais (RT), no período de 1990 a 1999, a qual dispõe dos julgados das regiões que compõem os Tribunais Regionais Federais.

Vale a pena ressaltar que os Tribunais Regionais Federais (TRFs) foram criados por força do art. 27, § 7^a dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias,³⁴ promulgados junto com a Constituição Federal em 1988, com o objetivo de substituir e regionalizar a jurisdição do extinto Tribunal Federal de Recursos. Foram inaugurados simultaneamente em São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife no dia 30 de março de 1989, conforme determinada a Lei n.º 7.727, de 1989,³⁵ que dividiu a jurisdição em cinco regiões, a saber:

- O *Tribunal Federal de 1ª Região* tem sede em Brasília. Tem jurisdição sobre os estados do Acre (AC), Amazonas (AM), Amapá (AP), Bahia (BA), Goiás (GO), Maranhão (MA), Mato Grosso (MT), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Piauí (PI), Rondônia (RO), Roraima (RR), Pará (PA), Tocantins (TO);
- O *Tribunal Federal da 2ª Região* tem sede no Rio de Janeiro, compreendendo a sua jurisdição nos estados do Rio de Janeiro (RJ) e Espírito Santo (ES);
- O *Tribunal Federal da 3ª Região* tem sede na cidade de São Paulo, sendo sua jurisdição o próprio estado de São Paulo e Mato Grosso do Sul (MS);
- O *Tribunal Federal da 4.ª Região* possui sede em Porto Alegre, tendo jurisdição sobre os Estados de Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e Paraná (PR);

³⁴ Do ADCT: "art.27: O Superior Tribunal de Justiça far-se-á: (...) § 7º Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional, cabendo-lhe promover sua instalação e indicar os candidatos a todos os cargos da composição inicial, mediante lista tríplice, podendo desta constar juizes federais de qualquer região, observado o disposto no § 9º".

³⁵ Informações extraídas do *site* (página eletrônica com acesso a rede mundial de computadores -internet) no seguinte endereço: <http://www.trf1.jus.br>

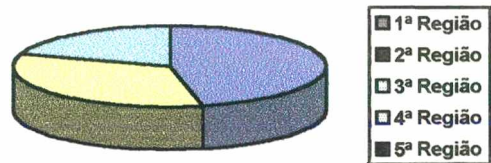
- O *Tribunal Federal da 5ª Região*, por fim, está sediado na cidade de Recife, possuindo jurisdição sobre os estados de Pernambuco (PE), Alagoas (AL), Ceará (CE), Rio Grande do Norte (RN), Sergipe (SE).

Os Tribunais Regionais Federais são compostos por turmas, sendo que cada turma terá três desembargadores federais, antes chamados apenas de juízes. Foram encontrados, nesta busca na RT, **quinze julgados**, distribuídos a saber:

- 1.ª Região: 7, o que perfaz 46,66% do total;
- 2.ª Região: Não foi nenhum encontrado quanto ao objeto específico da pesquisa.
- 3.ª Região: 5, o que representa 33,34% do total encontrado;
- 4.ª Região: 3, o que significa 20% do total encontrado.º
- 5.ª Região: Também nenhum foi encontrado.

Para melhor visualização observe a figura abaixo:

Figura 46 - Proporção dos Casos Analisados nos TRFs



4.2.2 Aspectos Doutrinários³⁶

O delito de descaminho consiste na conduta praticada para iludir, no todo ou em parte, o fisco, tendo em vista que o sujeito ativo vai deixar de pagar os tributos e direitos devidos na entrada, saída ou consumo de mercadoria no País, conforme deixa claro o art. 334 do CP. O tributo é pagável na Alfândega. Por isso, o sujeito passivo é o Estado, tendo por objetividade jurídica a tutela do erário público.

O legislador de 1940 colocou o aludido delito com a disjuntiva *ou* junto com o contrabando. Todavia, são delitos completamente diferentes. O contrabando consiste na entrada ou saída de mercadoria no País. O descaminho, por sua vez, estará caracterizado quando a mercadoria for de livre circulação no País e estiver em situação irregular devido a falta de pagamento dos tributos ao Estado. Logo, para o delito estar concretizado, quanto ao elemento subjetivo, basta a presença do dolo genérico que consiste na simples vontade de não pagar os direitos e tributos do Estado. Todos que vivem em sociedade são obrigados a pagar tributos, pois o Estado, do ponto de vista financeiro, existe devido o recolhimento deles. Tributo que, de acordo com as regras do Direito Financeiro, deverá retornar à sociedade através das obras e serviços públicos fornecidos pelos poderes governamentais.

Magalhães Noronha observa que não é pacífica na doutrina penal a incriminação do descaminho. Pontua que Francesco Carrara advertia que "semelhantes fraudes não podem, segundo a boa escola, considerar-se, no *caso simples*, como verdadeiros e próprios delitos. As penas impostas a tais fraudes não chegavam a desnaturar o fato (...) exatamente porque os

³⁶ Cf. sobre o assunto: COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 1053-1059; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, SILVA JR., José *et al.* *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: parte especial*, vol. 1, tomo II, p. 3745-3772; JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*, p. 941-948; *Direito Penal: parte especial*, vol.4, p. 221-227; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 3, 369-373; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4, p. 326-335; p. 163-175; PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado*, p. 989-995.

mesmos não são *delitos*, mas contravenções, qualquer que seja a penalidade".³⁷ Viveiro de Castros, em 1898, ponderava em sua obra

por maior que seja o empenho da Justiça Federal em reprimir o contrabando, a sua ação não produzirá resultados apreciáveis, pois terá contra si a opinião pública, sempre hostil à aplicação da pena de prisão contra os defraudadores do fisco. A fraude aduaneira não ofende ao sentimento médio de probidade de nosso povo, nem o seu *misoneísmo*, porquanto ele nunca achará justo que se prive da liberdade quem não cometeu crime algum. Nenhum legislador digno desse nome deixará de tomar em consideração o modo de pensar do povo para o qual legisla, sob pena de fazer leis destinadas a não serem cumpridas, fato, infelizmente, não raro entre nós.³⁸

Interessante notar que esse sentimento do povo da não ofensa à probidade ainda é o mesmo no terceiro milênio. Fraudar o fisco, ao entrar com mercadoria estrangeira no País, passa até a representar crédito de inteligência. Ou então, quando o sistema penal criminaliza, tende a fazer a seleção da camada vulnerável da população, a qual, nestes tempos são os famosos muambeiros do Paraguai. Todavia, a grande fraude, aquela que inclusive consegue obter a repercussão na mídia como, por exemplo, nos meados da década a divulgação de que navio com bandeira brasileira trazia em seus porões aparelhos eletrônicos do continente europeu.³⁹

Segundo as últimas informações a cota por via terrestre está em US\$350, enquanto que por via aérea está no limite de US\$1000, o que representa visível afronto ao princípio da isonomia (art. 5, *caput* da CF). Quando ultrapassados, deve-se pagar o tributo. Não o fazendo na Alfândega o crime estará consumado. A ação penal pública incondicionada, cuja responsabilidade pela denúncia no âmbito federal está a cargo do Ministério Público Federal.

³⁷ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, § 3.879. In: NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4, p. 327.

³⁸ CASTRO, Viveiro. *O Contrabando*, p. 13. In: NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 328-329.

³⁹ O fato memorável que retrata esta assertiva, foi quando a seleção brasileira de futebol, após a conquista do tetracampeonato mundial, em 1994, foi barrada na Alfândega, pois tinha vindo com mercadorias acima da cota permitida. Alguns telefonemas bastaram para liberar o avião. Com certeza, a seletividade do sistema penal está recheada de exemplos como estes, do tetracampeão *versus* sacoleiro do Paraguai.

O anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal⁴⁰ mantém o delito de descaminho na sistemática penal, só que colocando crimes que ofendem a ordem tributária. Já o contrabando é colocado em outro capítulo específico para os crimes cambiais e aduaneiros.⁴¹

4.2.2.1 O Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância, oriundo de Claus Roxin, conforme já foi visto anteriormente, visa descriminalizar aquelas condutas que foram típicas, antijurídicas e culpáveis, visto que a lesão ao bem tutelado pela norma foi tão mínima que não se deve usar o controle social penal.

A lógica do sistema penal demonstra toda sua força neste momento, pois o descaminho é uma conduta que possui a real possibilidade de vir a criminalizar pessoas pertencentes àquele perfil não estereotipado do delinqüente patrimonial. A partir do raciocínio dá para entender porque a lei é tão severa com o favelado e frouxa com o colarinho branco.

Os delitos de descaminho, verificados na pesquisa, tratam na sua imensa maioria de processos envolvendo os sacoleiros do Paraguai. Quando processados, muitos tribunais federais estão diante da impossibilidade de absolver, pela Teoria do Delito e pela Teoria da Prova, aplicando os Princípios de Direito Penal não formalizados, tanto o *Princípio da Insignificância* quanto o *Princípio da Adequação Social*.

⁴⁰ Em 16 de dezembro de 1997, através da portaria nº 1.265 do Ministério da Justiça, instalou a Comissão de Reforma do Código Penal, cujo seria o de elaborar um anteprojeto para substituir o Código vigente. A Comissão foi presidida pelo Ministro Luiz Vicente Cernichiaro e pelos juristas Ney Moura Teles, Licínio Leal Barbosa, Ela Wiecho Volkmer de Castilho, Miguel Reale Jr., Juarez Tavares e, por fim, René Ariel Dotti. Os três últimos desistiram de permanecer na Comissão.

⁴¹ Anteprojeto de Reforma do Código Penal : "art. 376. Iludir o pagamento de tributo devido pela entrada ou saída de mercadoria do território nacional: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa".

O *Princípio da Adequação Social*, oriundo da Teoria Social da Ação, de Hans Welzel, descriminaliza judicialmente a conduta criminalizada em lei, mas a qual não é considerada socialmente negativa. É a própria sociedade que contribui na prática do delito porque ele não lhe provoca nenhum dano. Convenha-se que hoje estão consolidados em várias cidades os famosos camelódromos ou sacolões.⁴² Até os operadores do Direito no sistema penal vão comprar o seu uísque ou qualquer outra mercadoria. Talvez, será mais fácil apontar alguém que já fez alguma encomenda do Paraguai ou de Miami (sacoleiro refinado), que, portanto, figurará, pelo menos, como partícipe do delito. Diante do dilema de aplicar a lei de forma hipócrita, muitos estão usando o aludido princípio para descriminalizar estas condutas que movimentam um comércio informal que possibilita muitas pessoas a sobreviverem ou viverem melhor, pois alguns exercem a atividade de muambeiros, esporadicamente, para reforçar o orçamento doméstico.

4.2.3 Ilustração com os Julgados dos Tribunais Regionais Federais

A partir de agora, far-se-á a análise dos 15 julgados encontrados em três TRFs, no período de 1990 a 1999, os quais foram publicados na Revista dos Tribunais (RT).

⁴² Na França seria o mercado de pulgas. No Brasil o camelódromo é o lugar em que se concentram os camelôs, que são pessoas que vivem do comércio de rua. Nas capitais e cidades interioranas do Brasil virou marca registrada, inclusive havendo associações de defesa dos interesses dessas pessoas. Buscam, frequentemente, mercadorias no vizinho Paraguai, geralmente bugigangas eletrônicas (brinquedos, relógios, utilidades para o lar), bebidas (uísques das mais diversas marcas); aparelhos de som e acessórios, perfumes importados, roupas, calçados e bijuterias. Muitos não pagam os tributos devidos pelo excesso trazido, tipificando o descaminho. É interessante notar que este tipo de atividade movimenta várias outras indiretas, tais como a de empresas de turismo. Todavia, podem haver sacoleiros que trazem produtos proibidos, praticando o contrabando, como armas de fogo. Pelo contato prático travado com este meio, o pesquisador notou que não é regra acontecer o contrabando, no entanto, o descaminho ...

4.2.3.1 Espécie de Recurso

Tabela 41 - Espécie de Recurso

RECURSO	Fr.inteira	Fr. %
<i>Recurso em Sentido Estrito</i>	05	33,35 %
<i>Apelação Criminal</i>	10	66,65 %
TOTAL	15	100 %

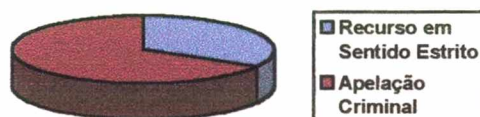


Figura 47 - Espécie de Recurso

A maioria dos recursos interpostos (66,65%) aos TRFs foram de apelação, tendo em vista que houve a discordância com a sentença do juiz federal de uma das varas federais das seções judiciárias competentes para processar estes delitos.⁴³ Outra parte, no total de cinco casos (33,35%), foi interposto o recurso em sentido estrito, também conhecidos como recursos criminais, tendo em vista a rejeição da denúncia pelo juízo *a quo* por considerar o fato atípico, pois foi aplicado o princípio da insignificância,⁴⁴ ou como nos outros três casos, diante da possibilidade de extinção de punibilidade em decorrência do pagamento dos⁴⁵

⁴³ Da CF: "art. 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei".

⁴⁴ Rec. Crim. 95.01.26645-1-MG - 3ª T. - TRF 1ª Região. *Revista dos Tribunais*, n. 728, p. 658-659; Rec. Crim. 97.04.28348-2/SC - 1ª T. - TRF 4ª Região. *Revista dos Tribunais*, n. 748, p. 749-751.

⁴⁵ Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995: "art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, quando ao gente promover o pagamento do tributo ou da contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

tributos antes do oferecimento da denúncia.⁴⁶ Isso foi discutido diante do teor do art. 34 da Lei nº 9.249/95 ("altera a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, e dá outras providências"). Sendo o descaminho um delito fiscal aplica-se por extensão o art. 34 da referida lei, desde que pago os tributos antes da denúncia, conforme decidiram alguns juízes federais. Todavia, no Tribunal Federal da 3ª Região, tal discussão não teve êxito, já que o crime de descaminho não admite a aplicação, por analogia, do art. 34 da Lei 9.249/95 que prevê a extinção da punibilidade face o pagamento do tributo devido, antes do oferecimento da denúncia, pois a norma do art. 334 do CP não se limita apenas a garantir a arrecadação de tributos, mas proteger outros interesses do Estado, como o resguardo da proteção da indústria nacional.

Então, em nome dos interesses nacionais (próprio da ideologia da segurança nacional), não foi aplicada a analogia.

4.2.3.2 Parte Recorrente

Tabela 42 - Parte Recorrente

<div>Recorrente</div> <div>Tribunal</div>	Ministério Público Federal		Réu	
	Fr.i	Fr.%	Fr.i	Fr %
TRF 1ª Região	6	85,71 %	1	14,29 %
TRF 3ª Região	3	60 %	2	20 %
TRF 4ª Região	3	0 %	0	100 %

⁴⁶ RSE 97.03.060461-1 - 1ª T - TRF 3ª Região. *Revista dos Tribunais*, n. 755, p. 760-765; RSE 97.03.041.009-0/SP - 5ª T - TRF 3ª Região. *Revista dos Tribunais*, n. 747, p. 781-783; RSE 98.03.038334-5-SP - 1ª T - TRF 3ª Região. *Revista dos Tribunais*, n. 763, p. 694-699.

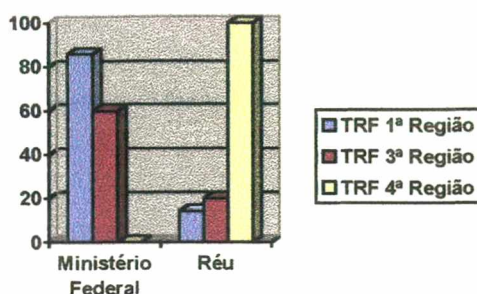


Figura 48 - Parte Recorrente em cada Tribunal

Nos casos em geral foi equilibrada a apelação nas quais as partes não ficaram satisfeitas. Nota-se que no primeiro grau da esfera federal, juízes federais estão divididos quanto à aplicação da lei ao caso concreto, sem eira nem beira, enquanto que outros tendem a seguir o posicionamento dos Tribunais Superiores, ou seja, absolvendo as condutas denunciadas como crimes de descaminho.

É de se notar, com visualização proporcionada pela tabela 2, que na esfera de jurisdição da 1ª Região, a grande maioria (85,71%) das apelações são oriundas do Ministério Público Federal. Já na 3ª Região a tendência absolutória continuou a mesma, sendo que a maioria (60%) é constituída de apelações oriundas do órgão acusador. A 4ª Região, por sua vez, teve a origem de todas as suas apelações (100%) por parte do Ministério Público Federal.

O que se conclui é que para casos iguais as decisões serão diferentes entre os Tribunais, entre as turmas, entre componentes das próprias turmas, tendo em vista que muitos acórdãos não são unânicos. Logo, como já foi visto anteriormente, a dogmática jurídica não cumprirá jamais suas funções declaradas, porque quem julga o conflito entre a conduta e a norma é, também, um ser conflituoso, que pondera de acordo com as suas convicções pessoais, que não são explícitas, mas implícitas, justificando através da manipulação do

próprio instrumental teórico-técnico da dogmática no intuito de concretizar a sua **idéia particular de justiça**. Uns com a justiça das flores (julgamento brando), outros com a justiça do canhão (julgamento severo).

4.2.3.3 Momento do Delito e da Decisão

Tabela 43 - Momento do Delito

ANO	Fr. Inteira	Fr. %
1985 a 1990	3	20,10 %
1990 a 1991	2	13,30%
1992 a 1993	1	06,65 %
1994 a 1995	2	13,30%
1996 a 1997	1	06,65 %
1998 a 1999	0	0 %
Sem Informação	6	40 %
TOTAL	15	100 %

Figura 49 - Período que Ocorreu o Delito

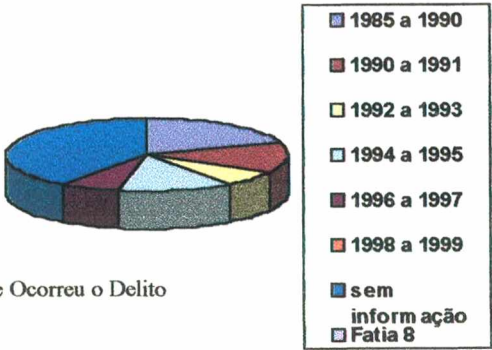


Tabela 44 - Ano da Decisão no Tribunal Regional Federal

ANO	Fr. Inteira	Fr. %
1990 a 1991	0	0 %
1992 a 1993	0	0 %
1994 a 1995	4	26,5 %
1996 a 1997	5	33,5 %
1998 a 1999	6	40,0 %
TOTAL	15	100 %

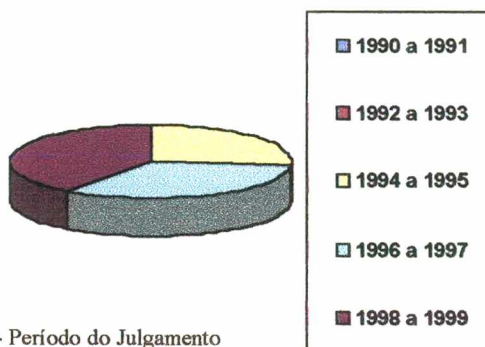


Figura 50 - Período do Julgamento

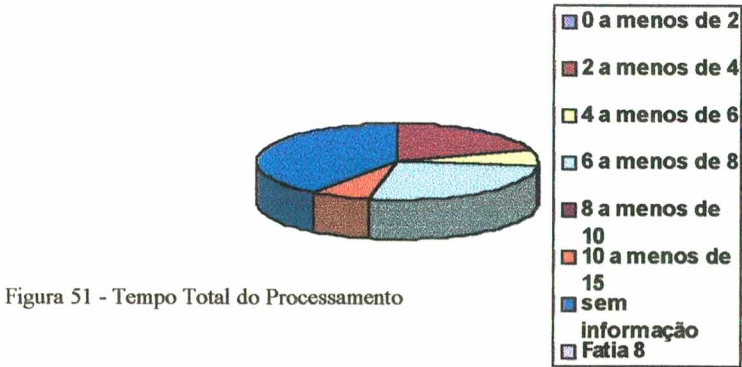
A maioria dos julgados não trouxe a informação da data do delito. Todavia, urge notar que a denúncia, em muitos casos, aconteceu muito tempo depois, interrompendo a prescrição. Por exemplo, a apelação criminal nº 94.03.060119-1/SP, julgado no TRF da 3ª Região, teve como momento do crime o dia 4 de dezembro de 1984. A denúncia foi oferecida após 7 anos, no dia 2 de maio de 1991. Segundo o art. 199, IV do CP, a prescrição dar-se-ia no primeiro minuto do dia 4 de dezembro de 1992. Esse é um exemplo de flagelo processual. Basta pensar que em dezembro de 1984 estávamos discutindo a redemocratização do País, através das eleições diretas. Em 1992, no entanto, discutia-se a cassação do Presidente da República eleito pelo voto direto, através do *impeachment*. É difícil dizer se a demora processual é benéfica ou maléfica para o ato de julgar, mas, de primeira mão, pelo menos para os advogados esta demora não compensa, a não ser quando busca justamente a prescrição de alguém que fatalmente vai ser condenado.

A criminalização por descaminho está acontecendo, conforme fica claro na tabela 4. Quanto a decisão do Tribunal todos os julgados objetos da pesquisa foram decididos entre os anos de 1994 a 1999. Uma boa parte deles (40%) aconteceu entre 1998 e 1999. Interessante é que ter-se-á uma certa homogeneidade na tendência de decidir, inclusive havendo citação de um e de outro. Todavia, quanto acontece as citações de outros julgados, estas são feitas intratribunais, ou seja, aquela extraída do próprio repertório do tribunal que analisa o caso. Não houve, portanto, pelo menos nestes casos, o interesse em saber o quanto andam as motivações interinstitucionais, isto é, como está julgado o tribunal da outra região.

4.2.3.4 Tempo Total do Processamento

Tabela 45 - Tempo Total do Processamento

TEMPO (em anos)	Fr. Inteira	Fr. %
0 a menos de 2	0	0%
2 a menos de 4	3	20,02 %
4 a menos de 6	1	06,65 %
6 a menos de 8	4	26,50 %
8 a menos de 10	0	0 %
10 a menos de 15	1	06,65 %
Sem informação	6	40,00 %
TOTAL	17	100 %
TEMPO MÉDIO	4 anos e 6 meses	



Aqui foi levado em conta desde o momento do delito até a decisão do Tribunal Federal. Buscou-se observar o tempo que decorreu nos aparelhos do sistema penal aquela conduta que foi, em determinada agência de poder, compreendida como danosa à sociedade, pois ofendeu a um bem jurídico protegido pela lei penal.

É de notar que na maioria (40%) dos casos analisados não foi possível saber esta informação, devido à ausência da data do delito. Todavia, nos que possuíam esta informação, verificou-se que um pouco mais de 1/4 (26,5%) dos casos levaram entre 6 a 8 anos. A média do processamento, deste recorte feito, levou 4 anos e 6 meses para serem processados,⁴⁷ como dá para perceber na tabela abaixo. Em relação ao furto famélico, analisado anteriormente, aquele foi célere em relação a este delito agora analisado.

4.2.3.5 Absolvção e Condenação em Geral

Tabela 46 - Absolvção e Condenação dos Tribunais Regionais Federais

Decisão	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	11	73,33 %
<i>Condenatória</i>	4	26,67 %
TOTAL	15	100 %

⁴⁷ Ela Wiecko Volkmer de Castilho ao estudar os crimes perpetrados contra o sistema financeiro nacional, cuja competência é da justiça federal, fez levantamento semelhante. A média obtida foi de **8 anos e 6 meses** do tempo decorrido entre o ofício do Banco Central (é esta instituição que investiga primeiramente as irregularidades realizadas pelas instituições financeiras) e a sentença do juiz federal (não é do Tribunal, podendo, portanto, existir a interposição de apelação). A autora especificou o tempo de cada agência de poder, sendo que vale a pena conferir para ter a idéia do processamento dos crimes financeiros nas entranhas do sistema penal: levou em média **2,2 anos** do tempo dos fatos até o ofício do Bacen (p. 181); em média **2,1 meses** entre ofício do Bacen e a instauração do inquérito policial (p. 201); em média **2,5 anos** entre a instauração e a conclusão do inquérito (p. 211); em média de **1,8 ano** entre a instauração do inquérito e a denúncia (p. 212); em média **1,9 ano** entre o oferecimento da denúncia e a sentença (p. 220). Cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, 352 p.

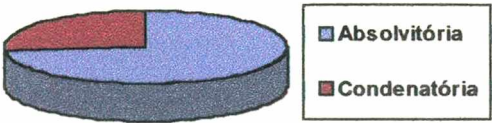


Figura 52 - Decisão dos TRFs em Geral

Em geral a tendência, nestes delitos analisados, foi a de absolver (80%). Restaram apenas três condenações (20%) reiteradas. Nota-se que os Tribunais Federais estão segurando o rigorismo condenatório dos juízes lotados nas varas federais.

Nas tabelas 47, 48 e 49 serão analisadas as razões de alguns casos julgados pelo três TRFs, aqui em questão, tanto no sentido de absolver quanto condenar.

Agora, para compreender as razões, será analisados três casos, um absolutório e os outros dois que foram condenatórios e julgados pelo TRF da 1ª Região.

Tabela 47 - Decisão no TRF da 1ª Região

TRF 1	Fr. Inteira	Fr. %
Absolutória	5	71,40 %
Condenatória	2	28,60 %
TOTAL	7	100 %

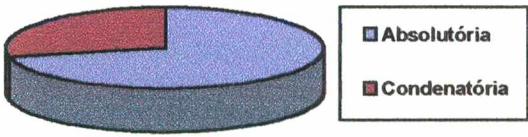


Figura 53 - Decisão do TRF da 1ª Região

1.º caso: Apelação nº 1997.01.00.029911-4/DF - 1ª Turma do TRF da 1ª Região.

O juiz da 12ª vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou improcedente a denúncia oferecida contra a apelante, pelo fato de esta ter sido encontrada, quando voltava da cidade de Foz do Iguaçu, Paraná, com mercadorias estrangeiras sem documentação legal que, pelo laudo merceológico, foram avaliadas no montante de **US\$731,00**. O juiz federal aplicou tanto o Princípio da Insignificância quanto o Princípio da Adequação Social, fundamentando a decisão no art. 386, III do CPP, isto é, o fato não constituiu infração penal.

O voto absolutório seguiu a seguinte linha de argumentação.

Os recorridos, pessoas pobres, desempregadas, de instrução primária, tipo característico do sacoleiro do Paraguai, foram presos com algumas quinquilharias, adquiridas no Paraguai, sem a devida documentação fiscal, no valor total de US\$779,00.

A decisão merece ser mantida, porque, na hipótese, é de aplicar-se o princípio da insignificância. O valor das mercadorias é pequeno. Por este princípio, exclui-se do tipo os fatos de mínima perturbação social. (...) A sociedade não considera a prática desse comércio ilícito penal. E, como disse o Prof. Santiago Mir Puig, "no puede castigarse lo que la sociedad considera correcto" (*Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., p. 154). É o princípio welzeniano da adequação social, que "leva a impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal".⁴⁸

Interessante notar que a própria Procuradoria Regional da República, a qual atua nos Tribunais Federais na representação do Ministério Público Federal, opinou, não só neste caso como em outros, pelo indeferimento do recurso.⁴⁹ Logo, não existe a vontade em condenar alguém que não tenha o estereótipo do criminoso e, por estar trabalhando informalmente, num país de tanto desemprego, fere a sensibilidade social em criminalizar alguém por um delito de natureza tributária, principalmente diante da escancarada sonegação

⁴⁸ Apelação nº 1997.01.00.029911-4/DF de 24 de março de 1998. Relator: Tourinho Neto. In: *Revista dos Tribunais*, n. 753, p. 707-709.

⁴⁹ São os seguintes recursos, a saber apelação nº 95.01.01931-4/MG (RT 725/p. 750-753); apelação nº 95.01.20862-1/MG (RT 727/p. 601-602): valor da apreensão: **US 717,99 dólares**. Todos foram absolvidos.

fiscal existente no Brasil. Nota-se que a clientela da Justiça Federal é diferenciada da justiça comum, esta que está mais próxima da idéia do criminoso tradicional. Todavia, houve procurador da república que, no exercício da acusação, não poupou o verbo, afirmando que o sacoleiro "é elemento oportunista, que não se profissionaliza e encontra na atividade ilícita um meio fácil de ganhar dinheiro, iludindo o Fisco e explorando o consumismo da classe média-baixa de nossa sociedade".⁵⁰

2º Caso: Apelação nº 96.01.30728-9/MG - 3ª turma do TRF da 1ª Região.

O réu foi absolvido pelo juiz da 9ª Vara da Seção Judiciário do Estado de Minas Gerais pela denúncia que tinha imputado o delito previsto no art. 334, § 1º do CP, pois o mesmo estava viajando em ônibus que fazia o trajeto Fortaleza/Foz do Iguaçu, no qual foram apreendidos **885 relógios** de marcas e modelos diversos que estavam em sua posse, orçados num montante de **US\$1.900**. Aplicou à espécie o Princípio da Insignificância.

O Ministério Público recorreu, demonstrando inaceitável considerar insignificante a quantidade de bens apreendidos. A 3ª Turma condenou o apelado, com base nas seguintes alegações:

A princípio o argumento mereceria acolhimento, pois embora grande a quantidade de relógios, o valor total de **1.900 dólares**, o que permitiria a aplicação do princípio da insignificância, em razão do pequeno potencial lesivo da infração penal. Esta tese vem sendo admitida pela turma.

Contudo a hipótese dos autos apresenta um quadro diferente. Esta é terceira ocorrência em que o réu se vê envolvido, pela prática do crime de descaminho ou de delitos a ele equiparados.

Na primeira foi ele absolvido, estando a segunda em andamento quando prolatada a sentença (f.). Tais circunstâncias demonstram que essa é a atividade normal do réu. Ora, o princípio da insignificância, que releva o crime de descaminho quando pequena a lesão imposta ao Fisco, não pode ser aplicado indistintamente, sob pena

⁵⁰ Apelação nº 95.01.313000-0/MG, de 25 de março de 1996. Relator: Tourinho Neto. In: *Revista dos Tribunais*, n. 734, p. 748-749.

de converter-se em medida de incentivo a pratica do delito. (...) **Embora tecnicamente primário, o réu não apresenta bons antecedentes.** Sua culpabilidade encontra-se acima da média, visto que faz do comércio ilegal sua atividade habitual, o que justifica a fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal, não havendo nenhum registro digno de menção quanto às demais circunstâncias judiciais.⁵¹

Aqui há bela demonstração de retorno ao "Direito Penal do autor". Cria-se a regra de que o Princípio da Insignificância só pode aplicar uma vez, não ao fato, mas ao mesmo autor. Ora, tal argumentação que não possui lógica, pois se uma vez insignificante a conduta tal continuaria sendo assim. Só que a insignificância é um conceito elástico. O apelado foi condenado à pena de 1 ano e 6 meses. Todavia, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, pois decorrido 4 anos do oferecimento da denúncia, que foi recebida em 14 de junho de 1992. Logo, em 14 de junho de 1996 o fato estava prescrito. Portanto, foi aplicada a seguinte solução: condenado, mas não muito! Belo desfecho que agradou a gregos e troianos.

3º caso: Apelação nº 95.01.32062-6/MG - 4ª Turma do TRF da 1ª Região

O apelante foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, tendo em vista a infração ao art. 334, § 1º do CP, pois transportava, em ônibus de turismo, mercadorias estrangeiras provenientes do Paraguai que, segundo o laudo merceológico, foram avaliadas em **US\$924**.

O Ministério Público reitera a sentença prolatada Este caso é interessante, pois houve o voto vencido da desembargadora federal Eliana Calmom⁵² em face dos dois outros votos vencedores condenando o apelante. O voto de Eliane Calmom pondera o seguinte:

⁵¹ Apelação nº 96.01.30738-9/MG, de 29 de agosto de 1998. Relator: Osmar Tognolo. (TRF da 1ª Região)

⁵² Vale a pena ressaltar que, a partir do ano de 1999, Eliana Calmon é ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo a primeira mulher no Brasil que conquistou tal cargo neste tribunal superior. Todavia, em 1990, no Tribunal Superior do Trabalho (TST) aconteceu a posse de Cnéa Cimini Moreira, esta que foi a primeira mulher no Brasil e segunda no mundo a assumir um cargo num tribunal superior. Posteriormente, o Superior

O acusado, mais um brasileiro desempregado, conforme declarou na Polícia (f.) e na Justiça (f.), para conseguir algum dinheiro para sobreviver, passou a dedicar-se ao comércio de roupas adquiridas em São Paulo e, posteriormente, começou a viajar ao Paraguai onde adquiria bugigangas destinadas ao comércio em Salvador. Pelo valor das mercadorias adquiridas, as quais não alcançaram **mil dólares**, entendendo tratar-se de delito de bagatela, não vislumbrando na conduta do apelante potencial ofensivo que enseja a reprimenda penal.

O voto do relator Eustáquio Silveira, simplesmente olvidou qualquer alegação sobre o Princípio da Insignificância, sendo a sua posição encoberta com a argumentação justificada tecnicamente com a Teoria do Delito: "A defesa não alegou qualquer causa de exclusão do dolo, da ilicitude ou da culpabilidade. Dessa forma, tendo ocorrido o crime e sendo a conduta do réu juridicamente reprovável, não se pode deixar de aplicar a lei penal".

O voto vogal do juiz João Vieira Fagundes, ponderará:

Sr. Presidente, trata-se de crime contra a Administração Pública, que, no exercício do seu poder discricionário, pode estabelecer uma quota maior ou menor. No caso, as mercadorias ultrapassam o valor da quota permitida e tinham destinação comercial. Estando o Judiciário vinculado a essa quota, não vejo como absolver o réu. Por tais considerações, pedindo vênias à eminente relatora, acompanho a divergência, negando provimento ao recurso.⁵³

O caso relatado deixa expresso as duas posições existentes na turma: a primeira baseada no aforismo *dura lex, sed lex*. A outra, preocupada com a situação social que envolve o caso e o próprio ato de julgar que, no entanto, foi vencida. A lei exigia o sacrifício de alguém! O azar deste criminalizado foi justamente cair, quando na distribuição, nesta turma. Se tivesse sido julgado pela 3ª turma, provavelmente teria sido absolvido.

Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Cf.: *Revista Consulex*, ano 5, n. 108, p.6, 15.jul.01.

⁵³ Apelação Criminal nº 95.01.032062-6/MG, de 10 de setembro de 1996. Relator: Eustáquio Silveira (4ª Turma). In: *Revista dos Tribunais*, n. 737, p. 699-701.

Aqui serão analisados dois casos, um absolutório e o outro condenatório, os quais foram julgados pelo TRF da 3ª Região.

Tabela 48 - Decisão no TRF da 3ª Região

TRF 3	Fr. Inteira	Fr %
<i>Absolutória</i>	3	60,0%
<i>Condenatória</i>	2	40,0%
TOTAL	5	100 %

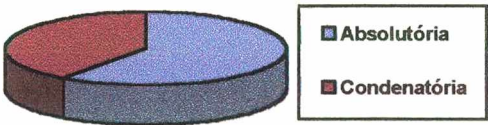


Figura 54 - Decisão do TRF da 3ª Região

1º caso: Apelação nº 94.030.060119-1/SP - 1ª Turma do TRF da 3ª Região.

O apelante foi condenado a pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, com fulcro no art. 334, § 1.º do CP, letra c, pois foi encontrada mercadoria em sua loja sem a documentação legal. Todavia, por ser primário, faz jus à redução da pena, a qual foi minorada em 2 anos e 1 mês de reclusão. Quanto às razões da condenação, foram as seguintes:

Na verdade, é irrelevante para a configuração do delito em tela a declaração do país de origem das mercadorias, basta que o laudo confirme a procedência estrangeira. (...) Comerciante ambulante, dedicado ao ramo de venda de jóias, bijuterias, relógios etc..., há mais de 8 anos, presume-se conhecer a ilicitude do fato de expor à venda mercadorias estrangeiras irregularmente introduzidas no Brasil.⁵⁴

⁵⁴ Apelação Criminal nº 94.03.060119-1/SP, de 25 de março de 1997. Relator: Roberto Iladdad (1ª Turma).In: *Revista dos Tribunais*, n. 745, p. 672-674.

Para condenar simplesmente foi alegado que houve a tipificação e pronto, surgiu o criminalizado! Em nenhum momento do acórdão houve alusão ao valor da lesão ao erário público. Quando é para aplicar o Princípio da Insignificância, tal valor é muito bem expresso. A lógica que impera na hora de sentenciar é mais ou menos esta: ressalta-se somente aquilo que possa beneficiar a posição assumida. O que for bom para justificar a decisão, é falado, caso contrário, esquecido.

2º caso: Apelação nº 95.03026066-3-SP - 2ª Turma do TRF da 3ª Região.

Em 4 de março de 1988, agentes de Polícia Federal adentraram no estabelecimento comercial do apelante, onde apreenderam mercadorias estrangeiras expostas à venda. A denúncia foi recebida em 22 de abril de 1992, havendo o processamento legal e, por fim, a sentença condenatória pelo delito capitulado no art. 334, § 1º cuja pena foi de 2 anos e 2 meses

Irresignado apelou, sendo que foi na segunda instância absolvido com base no art. 386, VI do CPP, além do reconhecimento do Princípio da Insignificância. Devido os laudos não terem sido preenchidos corretamente e baseando a condenação somente no interrogatório foi absolvido o apelante com base no 386, VI do CPP, tendo em vista que apenas dois bonés foram relacionados como importados e o resto das mercadorias foram colocadas de forma secundária, conforme abaixo é afirmado:

Incumbe as partes a prova dos fatos que alegam e ao órgão da acusação cabe demonstrar a existência de ilícito criminal em todos os seus pressupostos de constituição, nos casos dos autos devendo a comprovação da procedência estrangeira das mercadorias basear-se em resultados das constatações diretas que as especifiquem como tal, de modo nenhum em meras presunções, que, invertendo os ônus da prova, consideram o fato da falta de confirmação dos bens enquanto

produtos nacionais e a partir daí formulam a conclusão no sentido da procedência estrangeira. (...)

Não suprem esses vazio de provas outros elementos do processo e tampouco o que de pertinente se observa no interrogatório do réu em cujo termo ficou constando

"... que efetivamente havia à venda objetos tais como: relógios, filmadoras, vídeos, de origem estrangeira no estabelecimento comercial do acusado."

Pela forma do depoimento, onde a circunstância da origem das mercadorias aparece enquanto uma referência secundária no contexto de uma indagação que visava o objetivo principal de fixar a manifestação do réu sobre a veracidade do fato bruto da imputação, há fortes razões para suspeitar de algum tipo de sugestão culposa na formula da pergunta (...)

Assim entendendo acerca dos únicos itens comprovadamente de procedência estrangeira e quando a todo o remanescente do material arrecadado não havendo certeza de sua origem, reputo insuficientes as provas produzidas, irrogando-se, na espécie, a solução absolutória.⁵⁵

Pois bem, se não foi a Teoria do Delito que legitimou a absolvição, tal foi feita com a Teoria da Prova, e, para sepultar qualquer possibilidade de condenação, aos dois bonés aplicou-se o Princípio da Insignificância.

Agora, para compreender as razões das descriminalizações do TRF da 4ª Região, serão analisados dois casos.

Tabela 49 - Decisão no TRF da 4ª Região

TRF 4	Fr. Inteira	Fr. %
<i>Absolutória</i>	3	100 %
<i>Condenatória</i>	0	0 %
TOTAL	3	100 %

⁵⁵ Apelação 95.03026066-3-SP, de 12 de dezembro de 1995. Relator: Peixoto Jr. (2ª Turma). In: *Revista dos Tribunais*, n.728, p. 668-671.

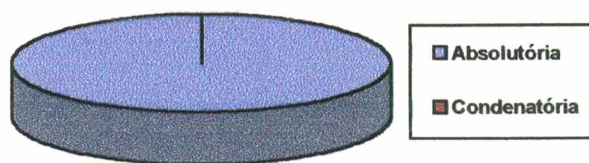


Figura 55 - Decisão do TRF da 4ª Região

1.º caso: Recurso Criminal nº 97.04.28348-2/SC - 1ª Turma do TRF da 4ª Região

O Ministério Público Federal interpõe recurso criminal devido à rejeição da denúncia por parte do juiz substituto da 3ª Vara Federal de Joinville/SC, que entendeu atípica a conduta do recorrido, aplicando o Princípio da Insignificância e, também, o da Isonomia. A denúncia capitulou a conduta do recorrido no art. 334, *caput* do CP, visto que o mesmo excedeu em R\$243,00 a quota terrestre para a importação de mercadorias estrangeira.

No voto do relator foi arrolado as duas Instruções Normativas, a de nº 23, cuja quota para via aérea ou marítima é de U\$500 dólares, e a de nº 52 que dispõe a quota para via terrestre, lacustre e fluvial em U\$150 dólares. Assim, foi seguido o mesmo posicionamento do juiz federal. Ademais, alega que

é cediço que o eixo Foz do Iguaçu/Ciudad Del Este constitui o terceiro maior pólo comercial do mundo, e, com a consolidação do Mercosul, a prática comercial torna-se cada vez mais significativa, sendo irrefutável que o volume de produtos comercializados aumentou muito, não se podendo, pois, visar à condenação de pessoas que, por **irrisória cifra de dólares, ultrapasse o limite de isenção fiscal**. Dentre esse contingente atravessa diariamente ao Ponte Internacional da Amizade, existem comerciantes, os quais têm como meio de vida a economia informal. Inobstante agindo às sombras das estatísticas oficiais, é notório o comércio de produtos importados de baixa qualidade, oriundos principalmente do Paraguai. A economia informal se faz presente em pleno funcionamento em todo o território

nacional. Estamos diante de um costume popularizado e aceito pela sociedade.
⁵⁶(grifos nossos)

Usando o Princípio da Isonomia, para reforçar ainda mais a absolvição, utilizou-se o Princípio da Insignificância e o da Adequação Social. Ora, se a sociedade não considera prejudicial essa conduta, terá o Judiciário que considerá-la?

2º caso: Apelação 1998.04.01.091827-1/SC - 2ª Turma do TRF da 4ª Região.

Os fatos ocorreram em 25 de julho de 1993. A denúncia foi oferecida em 26 de novembro de 1997 e recebida em 22 de junho de 1998. Em 15 de julho de 1998 foi oferecida a suspensão condicional do processo. O apelado foi capitulado no art. 334, *caput* do CP, pelo motivo de ter iludido o Fisco no valor US\$1.473 em material de informática, conforme foi declinado no laudo de exame merceológico. O juiz da vara federal aplicou o Princípio da Insignificância, sendo este acolhido pelo Tribunal, conforme a seguinte alegação.

Os julgados dos tribunais apontam no sentido de reconhecer como excessivo o rigor de incriminar conduta cada vez mais relativizada do comércio ostensivo de mercadoria, forânea, praticada por "sacoleiros" e vendedores ambulantes nas vias públicas, inclusive com locais especificamente destinados pela autoridade municipal, e sob as vistas do policiamento militar. Na verdade, é forçoso reconhecer que esse comércio informal é um fato que não pode abstrair, e que não é apenas tolerado, mas já plenamente aceito pela sociedade, e pelo poder público. (...)

De outra parte, a tipificação da conduta pelo art. 334 do CP exige não apenas a aquisição de algumas mercadorias em empreitada isolada, avaliadas em cerca de trezentos dólares estadunidenses. Ademais, a Receita Federal, na época, isentava de tributos o valor de 500 dólares ao indivíduo que ingressa no Brasil por via aérea ou marítima. (..)

Nada há a modificar na bem-lançada decisão monocrática, que vai mantida pelo fundamento do princípio da insignificância jurídica, que está a afastar a tipicidade, pelo desvalor da culpabilidade perante o fato, evitando-se uma desnecessária condenação, eis que a bagatela dispensa a pena.

⁵⁶ Recurso Criminal 97.04.28348-2/SC, de 16 de setembro de 1997. Relator: Gilson Dipp (1ª Turma). In: *Revista dos Tribunais*, n. 748, p. 749-751.

4.2.3.6 As Falas e os Silêncios do Tribunal

O perfil da clientela que o sistema penal seleciona fica evidenciada pelos julgados acima: sacoleiros do Paraguai. Isso não significa que casos de descaminho produzidos por outras pessoas de nicho societário privilegiado não façam o mesmo como, por exemplo, turismo comercial na Flórida, EUA. Quem foi selecionado de pronto deu para notar que é comerciante, como qualquer outro, buscando ganhar um pouco mais, pois acredita que pagando os tributos legais nada lhe virá em troca. Não deixa de ter razão, quando é visto uma parte do fluxo de capital arrecadado sendo utilizado para pagar os juros da dívida externa, fora os casos das máfias dilapidadoras do erário. Além disso, acontece de muitos impostos serem criados provisoriamente e acabarem tornando-se definitivos, como é a CPMF⁵⁷, destinada a angariar recursos. De outra parte, é visto o corte em setores sociais essenciais ao País, como é o caso da educação, atingindo inclusive o aguerrido setor de pesquisa de algumas universidades públicas sérias, que já sentem o esvaziamento de perspectivas na atual política educacional.

Neste ínterim aparecerá a fala do julgador. Ora, diante de tudo o que acima foi elencado, o julgador não vai reconhecer naquele que está sendo processado um lesionador do erário público, mas sim, um brasileiro teimoso. O Estado não é o sujeito passivo, porém o próprio causador dos problemas sociais. Fora isso, é difícil apontar alguém que não tenha comprado alguma mercadoria de um sacoleiro, do modesto, que traz bugigangas, ao sofisticado, que traz até material médico-cirúrgico, peças de carros importados, entre outras coisas. É uma situação diferente da vivida por aquele que subtrai o patrimônio de um sujeito passivo individualizado. Aí o Princípio da Insignificância não possui vez.

⁵⁷ A CPMF significa Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. Apesar do tributo ser chamado de "contribuição" ele é um imposto. Visou, quando aprovado, ser revertida a arrecadação para o setor de saúde pública.

Os silêncios existentes referem-se à pessoa do autor. Aqui serão analisados os fatos, as garantias individuais devidamente respeitadas. O valor do bem lesionado, ou seja, a quantia que não foi aos cofres públicos, será olvidado pelo julgador. Isso comprova que quando não estão presentes os estereótipos de criminoso e o crime praticado foge do senso comum que se tem sobre a criminalidade a criminalização secundária, tende a não acontecer. Fica fácil, agora, de entender o porquê das incriminações que povoam a criminalidade visível e são apenadas, reduzem-se a uma dúzia de tipos penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Os regimes criminosos não foram feitos por criminosos mas por entusiastas convencidos de terem descoberto o único caminho para o paraíso. Defendem corajosamente esses caminhos, executando, por isso, centenas de pessoas. Mais tarde ficou claro como o dia que o paraíso não existia, e que, portanto, os entusiastas eram assassinos ... Os acusados respondiam: não sabíamos! Fomos enganados! Acreditávamos! Somos inocentes do fundo do coração! O debate conduzia a essa pergunta: seria verdade que não sabiam? Ou apenas fingiam não saber?"

Milan Kundera

(Frase extraída de sua obra *A Insustentável Leveza do Ser*,
p. 178)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi desenvolvida com as inquietações semelhantes a que Kundera tinha, quando da ocupação russa de Praga, capital da ex-República Tcheca, em 1968. Cabe perfeitamente a indagação quanto ao sistema penal moderno, que tem por fim declarado combater a criminalidade, seja avulsa ou organizada, e, por extensão, a violência, tudo para proporcionar a segurança. Todavia, o plano do discurso se distancia da real operacionalidade, pois o mesmo mostra-se, ao contrário, perpetuador da violência, visto que este modelo põe por terra os Direitos Humanos. Se existe a gritante diferença entre o ideal e o real, por que este modelo continua em pé? Muitos responderão que o mesmo está em crise, pois não cumpre o programado e, portanto, não é eficaz. Então, para resolver o problema, é dado como solução (esta é a visão simplista) o aumento do potencial de repressividade (se o mal aumenta, a dosagem do remédio deve ser maior). Ou então, por candidez ou ingenuidade, será perdido tempo em discussões infundáveis sobre como fazer para que o mesmo venha a cumprir as suas promessas (segurança).

Todo este estado de coisas levou muitos estudiosos de fenômeno criminal a indagar, nos meados do século XX, sobre a funcionalidade do sistema penal, o que culminou nos movimentos desestruturadores. Descobriu-se que não existia o criminoso, mas o criminalizado. Este já tinha passado pelas agências de poder do sistema penal, recebendo o *status* de criminoso com a sentença penal. Porém, nem todos os casos

iguais tinham decisões semelhantes. Dependeria de várias circunstâncias, além da lei, para a condenação ou até a absolvição. O além se encontrava na codificação invisível que decidia previamente a questão. Todavia, a fundamentação técnica seria dada pelo código visível, o qual é chamado de "código tecnológico".

Isto acontece porque o sistema penal tem a seletividade como lógica estrutural de sua operacionalização. A função real dele não é combater e eliminar a criminalidade, mas controlá-la seletivamente,¹ visto que esta não existe ontologicamente na sociedade, mas sim é construída socialmente através da definição legal das condutas pelo Legislativo (criminalização primária) e pela seleção dos tidos como criminosos pela Polícia, Ministério Público e o Poder Judiciário (criminalização secundária). São nas decisões judiciais que se materializam os contornos da criminalização secundária promovida pelo Poder Judiciário. Assim, buscou-se identificar naquelas o "código ideológico" (*Second Code*), o qual é latente e não aparece na fundamentação das sentenças, visto que é integrado pelos "estereótipos" de autores e vítimas, além das "teorias de todos os dias" (teorias do senso comum). Por ser latente, este "código ideológico" é justificado e fundamentado, dando a aparência de legalidade, pelo "código tecnológico", o qual é formado pelos códigos legais e pelo instrumental fornecido pela Dogmática Penal e Processual Penal.

A presente pesquisa teve por fim demonstrar a existência deste código ideológico, no qual a discricionariedade do julgador somente encontra limites na sua própria concepção pessoal da criminalidade e nos estereótipos que orientam a

¹ ANDRADE, Vera R. P. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. 335p. Entendimento extraído desta obra que visa demonstrar a real operacionalidade do sistema penal.

possibilidade de separar o joio do trigo. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes com dois capítulos cada. A primeira é dedicada à teoria sobre o sistema penal, que buscou justificar a hipótese. A segunda, por seu turno, foi elaborada para ilustrar com acórdãos o que foi afirmado na primeira. É, por assim dizer, a tentativa de fazer a junção entre a "teoria" e a "prática" entre os tribunais e a academia. Consegue-se perceber que ambos estão aparentemente desligados, mas não funcionalmente, porque a reprodução na academia do dogmatismo (dogmas tidos como irrefutáveis), serve justamente para perpetuar a discricionariedade do julgador.

Para tanto, o **primeiro capítulo** foi dedicado ao estudo do sistema penal. Foi verificada a composição do mesmo com normas, saberes e agências de poder, responsáveis pela criminalização. A criminalização secundária se dará quando do processamento do sistema, o qual, como já foi dito, age de acordo com a lógica da seletividade, produtora da criminalidade e reprodutora da desigualdade social. Através deste, as camadas vulneráveis da sociedade, ou seja, aquelas que não possuem algum tipo de poder (seja político, econômico e/ou científico), são selecionadas pela criminalização primária (ocorrida na elaboração da lei), e, em seguida, com a criminalização secundária (acontece por meio das agências de poder). Basta lembrar que nem todo inquérito vai fomentar a denúncia, como também nem toda denúncia vai receber uma sentença condenatória. Aliás, casos iguais vão receber respostas diferenciadas. Nilo Brum² bem demonstra que a sentença penal, além dos requisitos formais, previstos na lei e doutrina (Código Tecnológico), possui os requisitos retóricos, os quais fazem parte da formação ideológica do julgados (aqui operará o que é chamado de Código Ideológico).

² BRUM, Nilo Bairo de. *Os Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. 124 p.

O capítulo segundo foi dedicado justamente ao estudo do saber justificador da criminalização secundária, buscando desnudar o código tecnológico. É através da decisão fundamentada posteriormente nas normas penais e processuais, interpretadas de acordo com a metalinguagem da dogmática penal e processual penal, que adquire legitimidade à condenação ou a absolvição. Só que a decisão prévia foi esboçada anteriormente pelo julgador. Assim, verificou-se que o intérprete utiliza, para analisar o caso concreto em face a norma, a Teoria do Delito para dizer se houve ou não o crime e a Teoria da Prova, para afirmar que a materialidade e a autoria estão esclarecidas. É a racionalização/garantidora explícita para encobrir a discricionariedade da escolha, entre o sim e o não à denúncia do Ministério Público, quando do processamento penal. Ainda, se não bastar estas teorias para absolver, por exemplo, o julgador pode buscar a justificativa nos princípios básicos do Direito Penal.

A segunda parte foi dedicada à ilustração empírica através da análise de 82 acórdãos. A leitura não ficou restrita ao que estava disposto neles e facilmente visível, fundamental para a decisão. Afinal a hipótese versou sobre a existência do código ideológico. A dificuldade que surgiu foi a de como identificar o que não tinha sido dito.

A resposta surgiu da convivência forense, quando do acompanhamento de interrogatórios e audiências criminais. Notava-se que o julgador, conscientemente ou não, conduzia a sabatinação de acordo com suas conveniências, reforçando um ponto incriminador e olvidando um ponto descriminalizador, quando a tendência era a condenação. O contrário acontecia quando a tendência era absolver. Apesar de parecer o raciocínio um tanto simplista, este foi o caminho trilhado pela pesquisa. Então, se esta era a lógica desta fase processual, não seria outra quando da leitura dos autos em sede

de revisão e, também, ao ato de julgar. Assim, buscou-se investigar o silêncio das decisões, bem como as falas denunciatórias da motivação retórica.

Os bens jurídicos selecionados foram, neste capítulo, à vida quando suprimida em acidente de trânsito. O outro foi a liberdade sexual. O homicídio ocorrido em acidente de trânsito, dependendo das circunstâncias, levanta a discussão de qual estado anímico levou o agente a praticar a conduta: se mediante o dolo eventual, houve o homicídio doloso, julgado pelo Tribunal do Júri; se culpa consciente, se o homicídio culposo, sendo de competência do juiz singular, cuja pena é bem menor que a primeira situação. Neste tópico foram analisados 24 acórdãos, os quais deixarão explícita a falta de traquejo, por parte dos operadores do Direito, com a Teoria do Delito. Uma boa parte dos julgados foram elaborados "a galope" com pouca fundamentação jurídico-penal. O que é procurado demonstrar é a autoria e materialidade do delito, o que se concretizará através da prova, que simplesmente foi buscada na análise das circunstâncias objetivas. Tais foram elencadas em número de quatro: embriaguez; excesso de velocidade; "racha"; número de vítimas ou intensidade da lesão. Ressalta-se que neste tocante, não se consegue provar absolutamente nada, pois o que está em questão é matéria de dogmática penal. Mais interessante é notar o lugar da vítima. Ela é reduzida às lesões sofridas, as quais são copiadas *in totum* do laudo cadavérico, quando a tendência do julgado é condenar. Todavia, quando se almeja absolver, as lesões são minimizadas ou não são comentadas. Logo, o julgador nestes casos assume a posição de legislador imbuído de ira santa por achar que a pena ao caso concreto é por demais débil, indo, portanto, além da lei...

Já o segundo bem jurídico tutelado, neste capítulo, foi à liberdade sexual da menor de 14 anos. Aqui entrou a discussão controvertida da presunção de violência.

Foram analisados de 17 acórdãos prolatados entre o período de 1900 a março de 1999. Na ilustração empírica, o primeiro estereótipo quebrado foi referente ao autor ser desconhecido. Aqui todos eram conhecidos, sendo a maioria namorada já por mais de um ano. Notou-se que o julgador, para não condenar com base na presunção absoluta, tende a fazer o julgamento moral da vítima. Se a menor não for "honesta", aferida através da ficção jurídica da *inocentia consilli*, a qual vem a ser a insciência sobre as repercussões do ato sexual em sua vida, não terá respaldo legal. Se for despudorada, também terá respaldo legal. É que o julgamento de cunho moral fica expresso em cada acórdão. Nestes delitos, quem também vai ser julgada é a vítima que figura no processo, pois o réu foi "quase" esquecido nos julgamentos absolutórios, não fazendo menção se haviam antecedentes ou reincidência, mesmo para beneficiá-lo, voltando-se a análise para a honestidade da menor, a qual sofreu um verdadeiro julgamento de cunho moral, sendo aprovada ou reprovada. Também nestes julgados preponderou o argumento de autoridade, ou seja, as citações de outro tribunal superior. As citações visando reforçar os argumentos absolutórios eram oriundas do julgamento, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do *Habeas Corpus* n.º 73.662-9, de Minas Gerais, datado em 15 de maio de 1996, da lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello, que escreveu a frase lapidar que aparecerá na maioria dos acórdãos absolutórios do TJSC: "*Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos*".

O quarto capítulo foi dedicado a investigação do código ideológico de outros dois bens jurídicos, só que possíveis de mensuração econômica. Um tratando da subtração de bem patrimonial individual, cuja figura típica é a do furto. A outra figura típica é a do descaminho, que visa tutelar a Administração Pública daqueles que não pagam os tributos, valores ou direitos decorrentes da entrada ou saída de mercadorias no

País. A investigação foi orientada para a análise daqueles casos em que foi discutido o estado de necessidade. Caso positivo, se caracterizaria o furto famélico. O Princípio da Insignificância foi analisado para o delito de descaminho

Foram 17 os acórdãos que proporcionaram a discussão do furto famélico. Nestes julgados ficou escancarada a vocação pelo "Direito Penal do autor" quando o bem jurídico é o patrimônio. Demonstra-se a exaustão a relação dos bens que foram subtraídos. Além disso, quando, principalmente, para condenar, os antecedentes e a reincidência são lembrados ao longo do acórdão, no afã de demonstrar a inclinação de sujeito ativo ao crime. Parece até que o próprio julgador, sabendo da severidade de norma penal que tutela o patrimônio individual, quer justificar para si mesmo a necessidade de aplicar com severidade a punição. Principalmente, terá que fazer esse exercício se começar a observar os grandes escândalos nacionais que acabam em "pizza". O problema é quando entende que se todos fossem severos, através do sistema penal, a criminalidade diminuiria e, por isso, pauta as suas decisões com rigorismo desmedido para que sirvam de exemplo. Só o tempo e o conhecimento da real operacionalidade do sistema penal e, por extensão, da própria sociedade pode dar alívio a angústia existencial de quem acredita nas promessas que jamais consegue vê-las concretizadas. Houve praticamente 100% de condenação daqueles que apelaram pedindo absolvição devido à existência da excludente de ilicitude.

O último bem jurídico foi o descaminho. Foram pesquisadas no período de 1990 a 1999, os casos que envolveram o descaminho. Foram encontrados 15 julgados que envolveram a discussão do Princípio da Insignificância, o qual descriminaliza a conduta pelo fato de ter sido mínima a lesão ao bem tutelado pela norma penal. A clientela selecionada foi daqueles conhecidos como sacoleiros do Paraguai. Isso não significa que

casos de descaminhos produzido por outras pessoas da camada social privilegiada, não façam turismo comercial na Flórida. Quem foi selecionado de pronto deu para notar que é comerciante do mercado informal buscando ganhar um pouco mais, pois pagando os tributos legais parece que nada lhe vem em troca. O código ideológico do julgador está expresso no momento que o mesmo não vai reconhecer naquele que está sendo processado um lesionador do erário público, mas sim um brasileiro teimoso. O Estado não é o sujeito passivo, porém o próprio causador dos problemas sociais. Fora isso, é difícil dizer alguém que não tenha comprado alguma mercadoria de um sacoleiro, do modesto, que traz bugigangas, ao sofisticado, que traz até material médico-cirúrgico, peças de carros importados, entre outras coisas. É uma situação diferente da vivida por aquele que subtrai o patrimônio de um sujeito passivo individualizado. Aí o Princípio da Insignificância não possui vez.

Aqui ficou suficientemente comprovada a hipótese da existência do código ideológico, o qual decide além da lei. O raciocínio encetado para estes bens jurídicos valerá para os demais tipos penais, sem deixar de vislumbrar as especificidades dos bens jurídicos selecionados. Fica claro que o julgador não possui limites na hora de decidir, pois condenar ou absolver vai depender de sua boa vontade, sendo que ele vai ter que seguir a codificação tecnológica.

Esta pesquisa visou proporcionar modesta contribuição científica para o entendimento do fenômeno das condutas socialmente negativas, visto que a maioria dos estudos e manuais doutrinários trata a matéria de maneira linear e simplista. O problema dos estudos embasados numa visão tradicional do Direito Penal não reside no que é dito, mas justamente no que foi deixado de dizer, encobrendo as reais funções em que está assentada a operacionalidade do Direito.

Quanto o que é dito pelos estudos tradicionais, o problema se encontra em transformar o que “pode ser” no que “é”, sem deixar margem a discussões (e construção) ou seja, a consagração de verdades absolutas (dogmatismo). A visão tradicional do Direito está assentada em falácias ideológicas, incontestáveis segundo o dogmatismo, tais como a segurança jurídica, a neutralidade do julgador, a isonomia, etc. Estas levam os operadores jurídicos a acreditarem que a sentença representa a conclusão de um método silogístico perfeito que relaciona a lei (premissa maior) ao fato (premissa menor), aplicada de uma forma neutra e imparcial, visto que todos são iguais perante a lei.³ Então, a pesquisa pretende fornecer elementos que possibilitem a compreensão do real funcionamento do sistema e, por consequência, o que reflete no *modus operandi* de todos que estão envolvidos neste processo de criminalização.

Derradeiramente foi buscado contribuir para a incansável luta (de muitos) pela construção de uma sociedade pautada na fraternidade, destituída de pré-conceitos e preconceitos, os quais visam “castigar” alguém da espécie humana pelo fato de ser diferente, cujas motivações, para tanto, estão além da lei.

³ PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. 173 p.

BIBLIOGRAFIA

1 LIVROS, TESES, DISSERTAÇÕES, MONOGRAFIAS E ARTIGOS

2 LEGISLAÇÃO E CENSOS PENITENCIÁRIOS

3 ACÓRDÃOS

3.1 APELAÇÕES CRIMINAIS

3.2 RECURSOS CRIMINAIS .

BIBLIOGRAFIA

1 LIVROS, TESES, DISSERTAÇÕES, MONOGRAFIAS E ARTIGOS

ALVES, Roque de Brito. Criminalidade no Brasil contemporâneo. **Consulex-Revista Jurídica**. Brasília. DF, ano 2, n.20, p. 6-8, ago. 1998.

AMAR, Ayush Morad. **Temas de criminologia**. Colab. Grupo Interdisciplinar Internacional de Criminologia. São Paulo: Ed. Resenha universitária. 1982. 262 p. v. 2.

ANCEL, Marc. **A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista**. 2.ed. Pref. de Heleno Cláudio Fragoso. Trad. de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 466 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 335p.

_____. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina Editora, 1998. p. 327-354.

_____. **Cidadania: do direitos aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993. 142 p.

_____. **Criminologia e feminismo: da mulher como vítima á mulher como sujeito de construção da cidadania**. Trabalho apresentado ao Seminário Internacional de Criminologia e Feminismo, Porto Alegre, 1996. Não publicado.

_____. **Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional**. Trabalho apresentado para a "Mesa Redonda" sobre a criminalização da violência doméstica, Brasília, 1997. Não publicado.

_____. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.p. 121-136.

_____. Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência:**

estudos jurídicos e políticos - Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, ano 16, n. 30, p. 25-36, jun. 1995.

_____. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118 p.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina ? **Seqüência: estudos jurídicos e políticos** - Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, ano 17, n. 33, p. 87-114, dez. 1996.

ANTONINI, José Roberto. Requisitos da pronúncia. A autoria do crime. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 87, n. 756. p. 465-468, out. 1998.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. Motivação da sentença. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. n. 715. p. 415-417, maio 1995.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Os grandes movimentos atuais de política criminal. **Fascículo de Ciências Penais.** Porto Alegre, ano 1, n. 9. p. 147-157, nov. 1988.

AREND, Márcia Aguiar. **Capitulação penal: o poder (in)visível do Ministério Público.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1998. 165 f.

ARRUDA Jr., Edmundo Lima. **Direito moderno e mudança social.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 160 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral.** Rio de Janeiro: 1994. 545 p.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e "contra"-reforma penal (1984-1996): uma ilusão ... que sobrevive.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1997. 123 f.

_____. **Reforma e "contra" reforma penal no Brasil: uma ilusão ... que sobrevive.** Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999. 118 p.

AZEVEDO, Noé. Da responsabilidade criminal – causas legais de isenção e de redução da pena. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 87, n. 748. p. 767-777, fev. 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Aplicação do direito e contexto social.** São Paulo: RT, 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal.** Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 254 p.

- _____. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículo de Ciências Penais.** Porto Alegre, ano 6, n. 2. p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.
- _____. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 2, n. 5. p.5-24, jan./mar. 1994.
- BARBOSA, Manoel Messias. **Delitos do automóvel e prática processual a luz da jurisprudência: colocação de ondulações na via pública.** 2.ed. rev. atual. São Paulo: Leud. 1985. 350 p.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. **Culpabilidade, conceito e evolução. Revista dos Tribunais.** São Paulo, n. . p. 375-379, out. 1995.
- BASTOS JR. Edmundo José de. **Código penal em exemplos práticos: parte geral.** Florianópolis: Terceiro Milênio/OAB, 1998. 286 p.
- _____. **Dolo eventual, culpa consciente e crimes de trânsito. Alter Agora - Seqüência - Revista do Curso de Direito da UFSC.** Florianópolis, ano II, n. 3, p. 44-50, out. 1995.
- BASTOS, João José Caldeira. **Curso crítico de direito penal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 204 p.
- _____. **O Poder Judiciário e a lei: a decisão contra à lei na jurisprudência penal catarinense.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1978. 202 f.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 136 p.
- _____. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191 p.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 146 p.
- BESSA, Paulo. **Uma nova introdução ao direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 352 p.
- _____. **Manual de direito penal: parte geral.** 4.ed. ver, ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 731 p.

- _____.; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 4, n. 15. p. 81-87, jul./set. 1996.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8.ed. Apres. de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996. 184 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. ver, atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p.
- BORGES D'URSO, Luiz Flávio. Erro judiciário e descriminalização de tipos penais: entrevista. **Consulex-Revista Jurídica**. Brasília. DF, ano 2, n.20, p. 6-8, ago. 1998.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.
- BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 87, n. 755. p. 791-786, set. 1998.
- CABRAL, Narcélio L. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Símbolo S.A., 1975. p. 149.
- CALLEGARI, André Luís. A Imputação objetiva no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 88, n. 764. p. 434-452, jun. 1999.
- _____. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 4, n. 13. p. 191-285, jan./mar. 1996.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 125 p.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.
- CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje: un análisis lógico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968. 309 p.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. de José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 83 p.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, 400 p. v. 1.
- CARVALHO, Nivia, (Org.) **Acidentes de trânsito**. Porto Alegre: Síntese. 1998. 312 p.

- CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. 270 p.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle de legalidade na execução penal: reflexos em torno da jurisprudência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998. 134 p.
- _____. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16/6/86**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 352 p.
- _____. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7492, de 16.06.86)**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1996. 243 f.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente & COSTA Jr. Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3.ed.: RT: 1995. 288 p.
- CERVINI, Raúl. Incidencia de las "mass media" en la expansion del control penal en latinoamérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 2, n. 5. p. 37-54, jan-mar. 1994.
- CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 211 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**. São Paulo: Acadêmica, 1988. p.149.
- _____. **O direito e os direitos: uma introdução à análise do direito contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1983. 165 f.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 415 p.
- COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1996. 160 p.
- _____. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Escola Superior da Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1991. 182 p.
- COHEN, Stanley. **Visiones de control penal**. Trad. de Elena Larrauri. Barcelona, Espanha: PPU, 1988. p. 1-67.
- COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 1186 p.
- _____. **Curso de direito Penal**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva 1997. 245 p. v.1. Parte geral.

DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: Especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. ano 4, n. 14. p. 41-82, abr./jun. 1996.

DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 4 ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. 917 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Entrevista. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 4, n. 13. p. 12-20, jan./mar. 1996.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. 372 p.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.578.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Micaibvitch. *Memórias da casa dos mortos*. Pref. de Otto Maria Carpeaux. Trad. e notas de Natália Nunes. São Paulo: Ediouro, s/d. 263 p.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2.ed. São Paulo: RT, 1998. 550 p.

DOTTI, René Ariel. *Código penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986. 861 p.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo: uma introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1998. 402 f.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídico Brasileira, 1999. 2052 p.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Guebenkian, 1988.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Cocneito e princípios constitucionais*. Apres. de J.J. Gomes Canotilho. 1.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 273 p.

FELIPETO, Rogério. O verbo na parte especial do Código Penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, p. 363-371, fev. 1995.

FERNANDES, Newton & FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: RT, 1995. 629 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo. Atlas, 1988.

_____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 188 p.

_____. **Introdução ao estudo do Direito.** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime.** Trad. de Paolo Capitanio. Campinas, SP: Bookseller, 1996. 544 p.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: RT, 1995. 592 p.

_____. **Processo Penal.** Brasília: Consulex, [199-]. 1025 p.

FIGUEIREDO, Lucas. **Morcegos negros: PC Farias, Collor, Máfias e a história que o Brasil não conheceu.** Rio de Janeiro: Record, 2000. 418 p.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as Coisas.** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Vigiar e punir.** Trad. de Lígia M. Pondé Vassallo. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 277 p.

FRANÇA, R. L. **Hermenêutica Jurídica.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; SILVA JR, José *et alii*. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial** 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 3936 p. 2. v.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas.** 10. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 75 p.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad. 1980. 435 p. v.1, t.1.

GENRO, Tarso. **Introdução Crítica ao Direito.** Porto Alegre: Fabris Editor. 1995.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. de Maria Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, 158 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 234 p.

_____. **Estudos de direito penal e processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 259 p.

GONZAGA, Vair. **Acidente de trânsito.** Campinas: Peritas, 1997. 639 p. v 2.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HERKENHÖFF, João Batista. **Crime: tratamento sem prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987. 126 p.

_____. **Para gostar do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HERMANN, Leda Maria. **Os juizados especiais criminais e a violência doméstica: "a dor que a lei esqueceu"**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito - Turma Especial de Joaçaba, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1998. 194 f.

_____. **Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu** (comentários à Lei nº 9099/95). Campinas: Cel-Lex Editora, 2000. 387 p.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2.ed. Niterói: Luam, 1997. 180 p.

JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991.

JARDIM, Afrânio da Silva. **Direito processual penal**. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 443 p.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal anotado**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 1999. 1054.p.

_____. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito** (Lei n. 9.503, de 23-9-1997). São Paulo: Saraiva, 1998. 220 p.

_____. **Direito Penal**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 396 p. v.1: parte geral.

_____. **Direito Penal**. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva. 1999. 507 p. v. 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.

_____. **Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva 1997. 348 p. v. 4: dos crimes contra a fé pública aos crimes contra a administração pública.

JHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. 207p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

- KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Beira. Rev. de Alice Kyoto Miyashiro. São Paulo: Perspectiva, 1975. 262 p.
- KOSOVSKI, Éster; PIEDADE JR., Heitor. **Anatomia do Código Penal: visão estrutural da parte especial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1988. 444 p.
- KUNDERA, Milan. *A insustentável leveza do ser*. Trad. de Teresa B, Carvalho da Fonseca. 64.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 314p.
- LIMA, Cláudio Vianna de. **Prática forense**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. 147 p. v.1.
- LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.
- LINHARES, Marcello Jardim. **Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito**. Rio de Janeiro: Forense. 1983. 770 p.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983. 505 p.
- LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal: parte geral**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, 282 p.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 310 p. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno, v. 3)
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.
- LUZ, José Jorge Ribeiro da. A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 708, p. 281-284, out. 1994.
- LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia dialética**. Guanabara: Borsoi, 1972. 124 p.
- _____. **O que é direito**. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. 130 p. (Coleção Primeiros Passos)
- MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 176 p.
- MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Conan. 1995. 334 p. v.1

- _____. **A lógica das provas em matéria criminal.** São Paulo: Conan. 1995. 374 p.
v.2
- MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de processo penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1999. 787 p.
- MAMEDE, Gladston. **Semiologia e direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura.** Belo Horizonte: Editorial 786, 1995. 152 p.
- MARÍAS, Julian. **Introdução à filosofia.** Trad. de Diva Ribeiro de Toledo Piza, 4.ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1985. 379 p.
- MARQUES NETO, Agostinho R. **Introdução ao estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual Penal.** Campinas: Bookseller. 1998. 441 p., v.2.
- _____. **Tratado de direito penal.** 1.ed. atual. Campinas: Bookseller Ed., 1997. 426 p., v. 1: propedêutica e norma penal
- _____. **Tratado de direito penal.** 1.ed. atual. Campinas: Bookseller Ed., 1997. 490 p. v. 2: da infração penal.
- _____. **Tratado de direito penal.** 1.ed. atual. Campinas: Millennium Ed., 1999, 371 p., v. 4: parte especial.
- MARTEAU, Juan Felix. Práticas punitivas: um pensamento diferente uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, n. 14, abr./jun. 1996.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. A função criadora da sentença criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 2, n. 5, p. 127-136, jan./mar. 1994.
- MEIRELLES, José Ricardo. Os projetos de alteração da sistemática Processual Penal. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 86, n. 743, p. 507-518, set. 1997.
- MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal.** Pref. de Milton Luiz Pereira. 1.ed. Campinas: Bookseller Editora, 1999. 503 p.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito.** Trad. de Ana Prata. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994. 330 p.
- MINAHIN, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 128 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Comentado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1997. 957 p.

_____. **Manual de direito penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1992. 3 v.

_____. **Processo penal**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 1994. 744 p.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 515 p.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. **Crimes de trânsito: e a aplicação da lei n. 9.099, de 26.9.1995, e a responsabilidade civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. 329 p.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 619 p.

MUÑOS CONDE, Francisco **Derecho penal y control social**. 2.ed. Santa Fe de Bogota, Colombia: Editorial Themis S.A, 1999. 132 p. (Monografias Jurídicas, n. 98).

_____. **Teoria geral do delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 238 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NASCIMENTO, Antônio Benedito do. Delitos de trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 84, n. 715, p. 405-410, maio 1995.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1995. 123 f.

NEPOMOCENO PINTO, Alessandro. **A pena de prestação de serviços à comunidade em Florianópolis**. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1996. 120 f.

_____. O social frente ao legal: reflexões sobre o direito no alvorecer do século XXI. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, v. 9, n. 1, p. 463-486, jan./mar. 1997. (1º lugar no I Concurso Nacional de Monografias, categoria universitária, promovido pelo TRF da 1ª Região).

_____. **Pena sem grades. a prestação de serviços à comunidade como alternativa à prisão**. 1996, 20 f. Trabalho que obteve o 3º lugar no Concurso Nacional de

Monografias promovido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

_____. A desobediência civil e movimento dos sem-terra (MST). In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina Editora, 1998. p. 53-91.

_____. **Sistema penal versus crime organizado: a (in)eficácia do sistema penal no combate à criminalidade organizada**. 2000, 50 f. Trabalho que obteve o 2º lugar no IV Concurso Nacional de Monografias, categoria profissional, promovido pelo TRF da 1ª Região. (no prelo).

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva. 1976. 488 p.

_____. **Direito Penal**. 33.ed. atual de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva. 1998. 4 v.

NUNES, Luiz Antunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis. EdUFSC, 1984. 243 p.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989. 120 p.

PASHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1987.

PENTEADO, Jacques de Camargo. Imputação por julgador. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 705, p. 305-307, jul. 1994.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999. 488p.

PIERANGELLI, José Henrique. A culpabilidade e o novo sistema penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. p. 266-271, fev. 1987.

_____. Direito alternativo e aplicação da lei penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 702, p. 444-449, abr. 1994.

_____. **Escritos jurídico-penais**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 488 p.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero**. Pref. de Celso

Fernandes Campilongo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1998. 288 p. (Coleção perspectivas jurídicas da mulher).

PIMENTEL, Manoel Pedro. Ensaio sobre a pena: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, n. 732. p. 769-778, out. 1996.

_____. Ensaio sobre a pena. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, n. 733, p. 765-770, nov. 1996.

_____. Ensaio sobre a pena. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, n. 734. p. 775-784, dez. 1996.

PINTO, João Batista Moreira. **Direito e Novos Movimentos Sociais**. São Paulo: Acadêmica, 1992

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. 171 p.

POSNER, Richard A. Estados Unidos da América do Norte: A nação que mais pune – algumas modestas propostas para baixar os índices de criminalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 86, p. 488-494, dez. 1997.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 532 p.

_____; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 1321 p.

QUADROS, Angela de. **A (In) definição da reabilitação social do condenado na Reforma Penal Brasileira de 1984: “o olhar da magistratura sulista”**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1995. 91 f.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 477 p.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. anot. e atual. de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 979 p.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília:UnB, 1981

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 393 p.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 282 p.

RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba y. Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 2, n. 7, p. 53-64, jul./set. 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e Direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSSETI, Janora Rocha. Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 638, p. 400-403, dez. 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1996. 348 p.

SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio da legalidade no moderno direito penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 4, n. 15, p. 183-199, jul./set. 1996.

SANTOS, Ozéias J. **Responsabilidade civil e criminal em acidentes de trânsito**. Leme, SP: LED-Editora de Direito, 1999. 2387p. 2 t.

SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985. 135 p.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 88, v.764, p. 459-468, jun 1999.

SHINTATI, Tomaz M. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993,. 552 p.

SILVA, Ariovaldo Perrone da. O "habeas-data". **Fascículo de Ciências Penais**. Porto Alegre, ano 1, n. 9, p. 158-160, nov. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. 768 p.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito criminal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, 556 p. t. 1: parte geral.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. ano 2, n. 7. p. 65-72, jul-set. 1994.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à Ciência do direito**. Rio de Janeiro: FGV, 1992.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.123 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 3.ed. ver., mod. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 173 p.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminosos: entes políticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 1998. 178 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva. 1991. 517 p. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo Penal comentado.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1

_____. **Prática de processo penal.** 20.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 743 p.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. 249 p.

_____. **Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil.** *Revista dos Tribunais.* São Paulo, ano 87, n. 755. p. 455-481, set. 1998.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 295 p.

VARGAS, Joana Domingues.

VERNENCO, Roberto José; WARAT, Luis Alberto. **Los usos del language.** Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975. p- 5-84.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Noções de criminologia.** São Paulo: Ledix, 1997. 321p.

WARAT, Luiz Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. **Introdução geral ao Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 232 p. v. I: interpretação da lei.

_____. **Malestares ecológicos y ecología política. Seqüência: estudos jurídicos e políticos -** *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC.* Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 25-36, jul. 1996.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1982.

_____. **O amor tomado pelo amor.** São Paulo: Acadêmica, 1990. 112 p.

_____. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. 103 p. 2.versão

_____. **Por quien cantan las sirenas. Direito em Debate - Revista da Universidade de Ijuí, Ijuí, ano IV, n. 4, set. 1994.**

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Acadêmica, 1991. 151 p.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.**

ZACKSESKI, Cristina Maria. Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 1997. 229 f.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 2.ed. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 281 p.

_____. **PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 893 p.**

ZALUAR, Alba. Da revolta ao crime S.A. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1996. 128 p. (Coleção Polêmica).

2 LEGISLAÇÃO E CENSOS PENITENCIÁRIOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. até a Emenda Constitucional nº. 24, de 9-12-99. 24.ed atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. 270 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

_____. **Código de Processo Penal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 811 p. (Legislação Brasileira).**

_____. **Código Penal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e**

Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 759 p. (Legislação Brasileira).

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Censo Penitenciário de 1994**. Brasília, 1995. 3 f.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Censo Penitenciário de 1995**. Brasília, 1996. 52 p.

3 ACÓRDÃOS

3.1 APELAÇÕES CRIMINAIS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime de furto. autoria e materialidade não comprovado. Natureza dos bens subtraídos que desautoriza o reconhecimento de furto famélico. réus condenados. apelo provido. *Apelação Criminal n. 29.954*. Apelante: Justiça, por seu promotor. Apelados: Renato de Jesus França e outros. Relator: Des. Rogério Lemos. Florianópolis, 20 de agosto de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Apelação criminal. Crime contra os costumes. Rapto violento ou mediante fraude e estupro, este de forma continuada. concurso material. Vítima menor de 14 anos. Violência presumida. *Apelação Criminal n. 30.197*. Apelante: J.C.R. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Jorge Mussi. Florianópolis, 27 de novembro de 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra os costumes. Estupro cometido contra menor de 14 anos. Violência presumida. Continuidade delitiva. *Apelação Criminal n.º 33.326*. Apelante: O.B.S. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Jorge Mussi. Florianópolis, 25 de setembro de 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra a liberdade sexual – estupro – vítima menor de catorze anos – presunção de violência – presunção relativa – crime descaracterizado- recurso provido. *Apelação Criminal n. 33.667*. Apelante: N.F. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 13 de fevereiro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra os costumes. Estupro. Sentença condenatória. Materialidade e autoria comprovadas. Adolescente de treze anos que convive, por livre e espontânea vontade, com o apelante, mantendo com o mesmo, por inúmeras vezes, relações sexuais. Menor que, apesar de sua tenra idade, não se apresenta ingênua ou crédula, e sim perfeitamente consciente de seus atos. relatividade da ficção de violência. Absolvição que se impõe. Recurso provido. *Apelação Criminal n. 96.007855-0*. Apelante: José Fernandes da Silveira. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Jorge Mussi. Florianópolis, 22 de outubro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro – violência presumida – vítima que não demonstrou ser inocente ou desinformada sobre sexo – crime não caracterizado – recurso provido para absolver o réu. *Apelação Criminal n. 96.010281-7*. Apelante: E.B.J. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Souza Varella, Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra a liberdade sexual – vítima menor de 14 anos de idade – violência presumida – art.224, A, do Código Penal – particularidades do caso recomendando que a ficção jurídica seja afastada – absolvição mantida. *Apelação Criminal n. 97.014659-0*. Apelante: Claudemir Bazi. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Paulo Gallotti. Florianópolis, 17 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro – violência presumida – aplicação do art. .5º da lei de introdução ao código civil – espécie peculiar – absolvição decretada. *Apelação Criminal n. 97.015679-0*. Apelante: Luiz Carlos da Silva. Apelada:

Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Amaral e Silva. Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra os costumes – estupro – violência presumida (art. 224, “a”, do CP) – delito não caracterizado – vítima menor de 14 anos de idade que, entretanto, demonstrou ter consentido na consumação do ato sexual – absolvição decretada – recurso provido. *Apelação Criminal n. 98.001078-0*. Apelante: Valdemar Rosa da Silva. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 7 de abril de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra a liberdade sexual – prova – palavra da vítima corroborada pelos demais elementos probatórios. *Apelação Criminal n. 98.005255-6*. Apelantes: Gelsir Felisbino e Adelir Batistella. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Paulo Gallotti. Florianópolis, 9 de junho de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Tentativa. *Apelação Criminal n. 98.005256-4*. Apelante: Claudinei Urbano da Silva. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra os costumes – estupro – presunção de violência – vítima menor de 14 anos – declaração da própria ofendida de que não se negou a manter relações sexuais com o réu – ausência de “inocentia consilli” por parte da vítima, condição essencial para o reconhecimento da presunção de violência, que é relativa – absolvição mantida: *Apelação Criminal n. 98.005376-5*. Apelante: Antonio de Oliveira. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra o patrimônio. reconhecimento de furto famélico. Impossibilidade. *Apelação Criminal n. 98.005870-8*. Apelante: Valmor Miranda. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Crime contra os costumes – estupro cometido contra menor de 14 anos de idade – recurso ministerial pretendendo a condenação do apelado. *Apelação Criminal n. 098.012001-2*. Apelante: Adelar Trevisan. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Jorge Mussi. Florianópolis, 9 de dezembro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro praticado contra menor de 14 anos – alegação de não ter havido violência presumida – não acolhimento – acusado que agiu com violência real. *Apelação Criminal n. 96.001930-8*. Apelante: Denilson Antonio Dalle Laste. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 18 de junho de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro praticado contra vítima menos de quatorze anos. Violência presumida. Agente casado (artigo 226, III, CP). *Apelação Criminal n. 98.004713-7*. Apelante: T.N.N. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Genésio Nolli. Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro. Violência presumida. *Apelação Criminal n. 25.629..* Apelante: Amarildo José da Silva. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Nauro Collaço. Florianópolis, 12 de março de 1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro. Violência presumida. Crime caracterizado. Ofendida vivendo com terceiro. Extinção da punibilidade. Inocorrência. *Apelação Criminal n. 27.412*. Apelante: V.R. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Emani Ribeiro. Florianópolis, 8 de março de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Estupro. Vítima menor de quatorze anos de idade. Violência presumida (art. 224, “a”, CP). Depoimento da vítima, de especial valor em sede de crimes contra os costumes. Que narra em detalhes a ação hedionda do réu. Demais provas que vão ao encontro do depoimento da infeliz vítima. Recurso desprovido. *Apelação Criminal n. 97.004263-9*. Apelante: Orli

Abelardo Vicente. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Genésio Noll. Florianópolis, 03 de junho de 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto – estado de necessidade – reconhecimento. Considera-se em estado de necessidade, aquele que longe de seu habitat, desempregado e sozinho, após revirar a casa da vítima, furta certa quantidade de carne bovina, a qual, pela quantidade e natureza, flagrante que teria como destino o consumo do apelante. inegável que não haverá acréscimo ao patrimônio do agente, três quilos de carne. *Apelação Criminal n. 28.749*. Apelante: Vilmar da Silva. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Florianópolis, 14 de setembro de 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto – pretendida aplicação do furto famélico. Não pode falar em estado de necessidade, se a fome alegada não decorre de situação involuntária, inevitável. furto de diversas cabeças de gado, por agente que vive em área de terra cultivável, que só não produz por falta de vontade de plantar. Recurso desprovido. *Apelação Criminal n. 27.263*. Apelantes: José Marcelino Alves, José Luiz Alves e João Carlos Alves. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Florianópolis, 5 de março de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto famélico – embora a *res furtiva*, efetivamente, seja de pouco valor, os maus antecedentes do réu e sua reincidência excluem, de pronto, o estado de necessidade – recurso desprovido. *Apelação criminal n. 33.980*. Apelante: Sílvio da Veiga. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. Aloysio de Almeida Gonçalves. Florianópolis. 22 de fevereiro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto praticado durante o repouso noturno e em continuidade delitiva. Autoria amplamente confessada pelo réu nas fases policial e judicial, sufragado pela prova testemunhal coligida. Perdão judicial. Benefício insuscetível de ser aplicado ao crime de furto. Condenação mantida. *Apelação Criminal n. 26.305*. Apelante: Elio Nunes. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. Alberto Costa. Florianópolis, 05 de outubro de 1990.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto privilegiado. Embora o salário mínimo não deva ser tido como elemento definitivo e fatal para o reconhecimento do furto é ele, contudo, forte fator informativo, de forma que não se pode admitir a ocorrência da espécie prevista no & 2º do artigo 155 do CP quando o valor da *res furtiva* lhe é muitas vezes superior. *Apelação Criminal n. 27.953*. Apelante: Osni Hercílio de Souza. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis, 13 de março de 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto qualificado pelo concurso de agentes – autoria e materialidade provadas – confissão em várias fases do processo – furto famélico – inoccorrência – precedentes jurisprudenciais. *Apelação Criminal n. 97.015429-1*. Apelantes: Amilton Joaquim Corrêa e Valmor Abelardo da Silva. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Amaral e Silva. Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto qualificado. Alegação de estado de necessidade não comprovada. Ademais réu com maus antecedentes e afeito a delitos contra o patrimônio. Privilégio do parágrafo 2º do artigo 155, do Código Penal, incabível reincidência inoccorrente e reconhecimento da atenuante da menoridade. Adequação da pena. Provimento parcial. *Apelação Criminal n. 29.232*. Apelante: Claudiomar França. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Rogério Lemos. Florianópolis, 12 de fevereiro de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto tentado. Execução inacabada de procedimento típico. Elemento diferenciador da mera *cogitatio* ou intenção não punível. se a execução do plano se inicia e coloca em risco o bem juridicamente tutelado, mas não se completa por circunstâncias alheias à vontade do agente, a espécie passou da simples *cogitatio* pra espécie punível da tentativa. sentença condenatória confirmada. *Apelação Criminal n. 27.044*. Apelante: José Carlos dos Santos. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis, 17 de maio de 1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furto. Embriaguez como causa excludente. Inadmissibilidade. Estado de necessidade. Inocorrência. *Apelação Criminal n. 29.983*. Apelante: Valdecir Dematé. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. Cláudio Marques. Florianópolis, 21 de junho de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Furtos qualificado e simples em concurso material. Prova da autoria e materialidade indiscutíveis. Penas fixadas de forma exasperada. Recurso de apelação provido parcialmente para adequá-las. *Apelação Criminal n. 27.454*. Apelante: Eufrásio Vitali da Rosa. Apelada: Justiça por seu Promotor. Relator: Des. Rogério Lemos. Florianópolis, 23 de agosto de 1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Não se tratando de coisa de pequeno valor e comprovado o concurso de duas pessoas, não afasta a qualificadora o fato de ser primário o réu. Também não é de considerar ausente o prejuízo, se a “res furtiva” foi depois apreendida por policial, em face de queixa do lesado”. *Apelação criminal n. 96.007986-6*. Apelante: Janir Vale e Wilmar Valle. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis. 29 de abril de 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Para o reconhecimento da figura do furto famélico indispensável é a prova cabal do estado de necessidade (art. 24, cp), não bastando mera alegação do réu. *Apelação criminal n. 97.012553-4*. Apelante: Romero Orlando João da Silva, Apelada: a Justiça por seu Promotor. Relator: Genésio Nolli. Florianópolis . 11 de agosto de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Prescrição da pretensão punitiva do estado. Pena de multa. Lapso temporal suficiente. Matéria de ordem pública. se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória decorreu lapso superior a dois anos, Prescrita está a pretensão punitiva do Estado, a teor do art. 110, par.1º, e 114, ambos do Código Penal. Prescrição decretada, prejudicadas as demais teses defensivas, estendendo-se, de ofício, os efeitos ao co-réu, nas mesmas condições. *Apelação Criminal n. 31.135*. Apelantes: Aldo Rogério da Silva Santos e Luiz Carlos da Silva Santos. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Cláudio Marques. Florianópolis, 21 de março de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Privilégio previsto no § 2º do artigo 155, do código penal. Impossibilidade. Maus antecedentes do recorrente e alto valor da res furtiva. Apelo desprovido. *Apelação criminal n. 33.455*. Apelante: Dionísio Dums. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis. 11 de setembro de 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Roubo qualificado e quadrilha armada. Apelantes que assaltavam turistas, em cidade balneária, à mão armada, após prévio ajuste. Delitos cabalmente comprovados nos autos, corroborados pelos depoimentos testemunhais, e as próprias vítimas, que reconheceram os apelantes como autores dos assaltos. Condenações mantidas. Recursos providos parcialmente, para a adequação das penas relativas ao crime de quadrilha. *Apelação criminal n. 33.790*. Apelante: Edson Jonas Dias. Apelada: Justiça, por seu Promotor. Relator: Des. José Roberge. Florianópolis. 13 de fevereiro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Subtração de gêneros alimentícios em grande quantidade e de outros bens – venda posterior e divisão dos lucros entre os co-autores – estado de real necessidade que não se comprovou – furto famélico não configurado – excludente de ilicitude afastada. *Apelação criminal n. 97.011476-1*. Apelante: Aquiles Norberto de Lima. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Jorge Mussi. Florianópolis. 16 de junho de 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – perda da mercadoria – irrelevância – reparação do dano que resulta, tão-somente, em circunstância atenuante. *Apelação Criminal n. 95.01.32062-6-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luciano Souza Lima. Relator: Des. Fed. Eustáquio Silveira. Brasília, 10 de setembro de 1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 737, p. 699-701. mar. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – descaracterização – introdução de mercadorias estrangeiras de pequeno valor, adquiridas no Paraguai – inexistência, ademais de prova inequívoca de propriedade das mercadorias –

caracterização, apenas, de infração fiscal – rejeitada a denúncia, ante a falta de gravidade na eventual lesão ao fisco – aplicação do princípio da insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.01931-4-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Gilsomar Gomes da Costa. Relator: Des. Fed. Osmar Tognolo. Brasília, 27 de novembro de 1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 725, p. 751-753. mar. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – princípio da Insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.31300-0-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Romério Quintanilha Barbosa. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 25 de março de 1996. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 734, p. 748-749. dez. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – descaracterização – importação – excesso de cota – objetos de pequeno valor, para comércio de sacoleiro – sociedade que não considera a prática de tal comércio como ilícito penal – aplicação dos princípios welzeliano da adequação social e do princípio da insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.20862-1-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: Maria Cristina Santos. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 27 de novembro de 1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 727, p. 601-602. mai. 1996

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – perda da mercadoria – irrelevância – reparação do dano que resulta, tão-somente, em circunstância atenuante. *Apelação Criminal n. 95.01.32062-6-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luciano Souza Lima. Relator: Des. Fed. Eustáquio Silveira. Brasília, 10 de setembro de 1996. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 737, p. 699-701. mar. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – descaracterização – introdução de mercadorias estrangeiras de pequeno valor, adquiridas no Paraguai – inexistência, ademais de prova inequívoca de propriedade das mercadorias – caracterização, apenas, de infração fiscal – rejeitada a denúncia, ante a falta de gravidade na eventual lesão ao fisco – aplicação do princípio da insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.01931-4-MG*. Apelante: Ministério Público Federal.

Apelado: Gilsomar Gomes da Costa. Relator: Des. Fed. Osmar Tognolo. Brasília, 27 de novembro de 1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 725, p. 751-753. mar. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – princípio da Insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.31300-0-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Romério Quintanilha Barbosa. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 25 de março de 1996. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 734, p. 748-749. dez. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – descaracterização – importação – excesso de cota – objetos de pequeno valor, para comércio de sacoleiro – sociedade que não considera a prática de tal comércio como ilícito penal – aplicação dos princípios welzeliano da adequação social e do princípio da insignificância. *Apelação Criminal n. 95.01.20862-1-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: Maria Cristina Santos. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 27 de novembro de 1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 727, p. 601-602. mai. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Princípio da insignificância – descaminho – pequena lesão imposta ao fisco – comércio de mercadorias importadas ilegalmente que constitui atividade habitual do agente – inaplicabilidade do princípio sob pena de converter-se em medida de incentivo à prática do delito. *Apelação Criminal n. 96.01.30738-9-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Pedro Caldas Sampaio. Relator: Des. Fed. Osmar Tognolo. Brasília, 29 de setembro de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 763, p. 679-681. mai. 1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Princípio da insignificância – aplicabilidade – descaminho – aquisição de objetos no exterior em pequena quantidade e de valores reduzidos, sem a devida documentação – adequação social da conduta. *Apelação Criminal n. 1997.01.00.029911-4-DF*. Apelante: Ministério Público Federal. Apeladas: Maria Yeda Pereira Júnior e Hosaná Moura de Carvalho. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 24 de março de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 753, p. 707-709. jul. 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Princípio da insignificância – descaminho – pequena lesão imposta ao fisco – comércio de mercadorias importadas ilegalmente que constitui atividade habitual do agente – inaplicabilidade do princípio sob pena de converter-se em medida de incentivo à prática do delito. *Apelação Criminal n. 96.01.30738-9-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Pedro Caldas Sampaio. Relator: Des. Fed. Osmar Tognolo. Brasília, 29 de setembro de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 763, p. 679-681. mai. 1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Princípio da insignificância – aplicabilidade – descaminho – aquisição de objetos no exterior em pequena quantidade e de valores reduzidos, sem a devida documentação – adequação social da conduta. *Apelação Criminal n. 1997.01.00.029911-4-DF*. Apelante: Ministério Público Federal. Apeladas: Maria Yeda Pereira Júnior e Hosaná Moura de Carvalho. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Brasília, 24 de março de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 753, p. 707-709. jul. 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Penal. Descaminho – princípio da insignificância reconhecido. *Apelação criminal n. 95/03026066-3-SP*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Carlos de Souza Januario. Relator: Des. Fed. Peixoto Junior. São Paulo, 12 de dezembro de 1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 728, p. 668-671. Jun. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Penal. Descaminho – caracterização de declaração do país de origem das mercadorias – irrelevância se confirmada a procedência estrangeira – inteligência do art. 334, & 1º, c, do CP. *Apelação Criminal n. 94.03.060119-1-SP*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelados: Romeu Ribeiro dos Anjos e José Ricardo da Silva Gonçalves. Relator: Des. Fed. Roberto Haddad. São Paulo, 25 de março de 1997. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 745, p. 672-674. nov. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Penal. Descaminho – denúncia – rejeição – admissibilidade se o valor das mercadorias descaminhas ultrapassa em pouco a quota de isenção de ingresso via aérea – aplicação do princípio da insignificância.

Apelação criminal n. 97.04.64918-5/RS. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Joana da Silva Morim de Oliveira. Relator: Tania Escobar. Porto Alegre. 6 de agosto de 1998. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 758, 693-696. Dez. 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina Penal. Habeas Corpus – acidente de Trânsito. *Habeas Corpus n. 98.016443-5. Apelante: Jeremias Felski. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Genésio Nolli. Florianópolis, 09 de dezembro de 1998.*

3.2 RECURSOS CRIMINAIS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Acidente de trânsito. Dolo eventual não comprovado. Para o seu reconhecimento não basta que o réu tenha agido assumindo o risco de produzir o resultado, mas é necessário que consinta que este seja produzido. Recurso provido para desclassificar o delito de homicídio doloso para o de homicídio culposo. *Recurso Criminal n. 98.010074-7. Apelante: Valdinei Valdir da Silva. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Genésio Nolli. Florianópolis, 29 de setembro de 1998.*

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Homicídio e lesões corporais – acidente de trânsito – condutor de veículo em estado de embriaguez que trafegava em via pública vindo atropelar pedestre, o qual caminhava normalmente em sentido contrário e provocando morte e ferimentos graves – ciente de deficiência de freio – possibilidade da ocorrência de dolo eventual – toda e qualquer dúvida no conjunto probatório deve ser dirimida pelo tribunal do júri (in dubio pro societate) – recurso

desprovido. *Recurso Criminal n. 97.014654-0*. Apelante: José Spiess Neto. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Florianópolis, 30 de junho de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Homicídio. Acidente de trânsito. Dolo eventual. Pronúncia. Desclassificação. Recurso improvido. *Recurso Criminal n. 96.009441-5*. Apelante: Valdir Fernandes. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Cesar Abreu. Florianópolis, 26 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Penal e processual – júri – pronúncia – dolo eventual – acidente de trânsito – pressupostos – recurso desprovido – precedentes jurisprudenciais. *Recurso Criminal n. 97.013839-3*. Apelante: Augustinho Carbonera Neto. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Amaral e Silva. Florianópolis, 10 de março de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Recurso stricto sensu. Acidente de trânsito. Ausência de provas de que o acusado tenha agido com dolo eventual no delito, assumindo o risco de produzir o trágico resultado. Indemonstradas embriaguez e excesso de velocidade. Absolvição sumária inviável. Acusado que obrou com culpa. Recurso provido parcialmente para desclassificar o delito para o de homicídio culposo. *Recurso Criminal n. 98.000156-0*. Apelante: Eduardo Froés da Motta Neto. Apelada: Justiça, por seu promotor. Relator: Des. Genésio Nolli. Florianópolis, 31 de março de 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Penal. Descaminho – descaracterização – mercadorias de pequeno valor – aplicação do princípio da insignificância. *Recurso Criminal n. 95.01.26645-1-MG*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: Márcia Faria. Relator: Des. Fed. Fernando Gonçalves. Brasília, 11 de dezembro de 1995. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 728, p. 658-659. jun. 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Penal. Descaminho – importação de mercadorias – quota de isenção – utilização de parâmetro único seja para viagens aéreas e marítimo ou via terrestre, lacustre ou fluvial – aplicação do princípio da

insignificância se excedido o limite em valor irrisório. *Recurso criminal n. 97.04.28348-2/SC*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Marcos José Cabral. Relator: Des. Fed. Gilson Dipp. Porto Alegre, 16 de setembro de 1997. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 748, p. 749-751. Fev. 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Penal. Descaminho- extinção da punibilidade nos moldes do art. 34 da Lei 9.249/95 – inadmissibilidade – perdimento dos bens apreendidos e favor da União que não equivale ao pagamento do tributo – norma do art. 334 do CP, ademais, que visa não garantir a arrecadação de impostos, mas, principalmente, resguardar outros interesses do Estado, dentre os quais a proteção à indústria nacional. *Recurso em sentido estrito n. 98.03.038334-5-SP*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Zhao Yan Ping e Lu Xu Ming. Relator: Des. Fed. Casem Mazloun. São Paulo, 4 de agosto de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 763. P. 761-765. Set. 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Penal. Descaminho – extinção da punibilidade – pretensão à aplicação analógica do art.34 da Lei face o pagamento do tributo devido, antes do oferecimento da denúncia – admissibilidade – norma do art. 334 do CP que não se limita apenas a resguardar a arrecadação de tributos, mas proteger outros interesses do Estado. *Recurso em sentido estrito n. 97.03.060461-7*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: sem informação. Relator: Des. Fed. Casem Mazloun. São Paulo, 12 de maio de 1998. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 755, p. 760-765. Set. 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Penal. Descaminho – perdimento dos bens – pretendida extinção da punibilidade do agente – inadmissibilidade – inexistência de fungibilidade entre a reprimenda imposta e o pagamento de que trata o art. 34 da Lei 9.249/95. *Recurso em sentido estrito n. 97.03.041.009-0-SP*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: sem informação. Relator: Des. Fed. André Nekatschalow. São Paulo, 29 de setembro de 1997. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 747, p. 781-783. jan. 1998.

APÊNDICE

MODELO 1 -

CONTROLE DA DINAMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

MODELO 2 -

CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

MODELO 3 -

CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

MODELO 1 -
CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

CASO:

Espécie de Recurso:

Parte Recorrente: RÉU

MP

Decisão da Sentença: Absolutória

Condenatória

Câmara:

Relator:

Ano

Duração do Processamento no 1 grau:

Comarca:

2. grau:

Tempo total do processamento:

pena: 1. grau:

2. grau:

Data do delito.

PERFIL DOS RÉUS

Idade no momento do delito:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Antecedentes: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Reincidência: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Empregado:

Desempregado

Que tipo de emprego:

PERFIL DAS VÍTIMAS (quando for o caso)

Idade no momento da lesão:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Relacionamento entre Réu e Vítima:

Parentes: pais padrastos irmãos

Conhecidos: vizinhos amizade namorados ex-namorados

Maridos ou ex vínculo empregatício

Desconhecido

Situação Econômica e social:

MÍDIA

Houve repercussão que aponte no acórdão: sim

não aparece

ASPECTOS DESTACADOS DAS FALAS DOS OPERADORES DO DIREITO:

MODELO 2**CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS****CASO:**

Espécie de Recurso:

Parte Recorrente: DENUNCIADO (Réu)

DENUNCIANTE (Ministério Público)

Decisão da Sentença de Pronúncia: Absolutória

Condenatória

Câmara:

Relator:

Ano

Duração do Total do processamento:

Imputação da Denúncia:

" 2. grau:

Data do delito.

PERFIL DOS RÉUS

Idade no momento do delito:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Antecedentes: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Reincidência: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Empregado: Desempregado

Que tipo de emprego:

PERFIL DAS VÍTIMAS (quando for o caso)

Idade no momento da lesão:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Relacionamento entre Réu e Vítima:

Parentes: pais padrastos irmãos

Conhecidos: vizinhos amizade namorados ex-namorados

Maridos ou ex vínculo empregatício

Desconhecido

Situação Econômica e social:

MÍDIA

Houve repercussão que aponte no acórdão: sim

não aparece

ASPECTOS DESTACADOS DAS FALAS DOS OPERADORES DO DIREITO:

MODELO 3**CONTROLE DA DINÂMICA DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS****CASO:**

Espécie de Recurso:

Parte Recorrente: RÉU

MP

Decisão da Sentença: Absolutória

Condenatória

Câmara:

Relator:

Ano

Duração do Processamento no 1 grau:

Comarca:

2. grau:

Tempo total do processamento:

pena: 1. grau:

2. grau:

Data do delito.

PERFIL DOS RÉUS

Idade no momento do delito:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Antecedentes: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Reincidência: sim não

" mesmo delito

outro delito. Qual:

Empregado: Desempregado

Que tipo de emprego:

PERFIL DAS VÍTIMAS (quando for o caso)

Idade no momento da lesão:

Situação conjugal: Solteiro

casado ou amasiado

viúvo

separado

Filhos: sim não

Quantia:

Relacionamento entre Réu e Vítima:

Parentes: pais padrastos irmãos

Conhecidos: vizinhos amizade namorados ex-namorados

Maridos ou ex vínculo empregatício

Desconhecido

Situação Econômica e social:

ESPECIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO LESADO:

MÍDIA: Houve repercussão que aponte no acórdão: sim

não aparece

ASPECTOS DESTACADOS DAS FALAS DOS OPERADORES DO DIREITO: